SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR

M. F. C. DE SAVIGNY

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX,

DOCTOR EN DERECHO.

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,

Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

y precedido de un prólogo de

DON MANUEL DURÁN Y BAS,

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO I.

MADRID.

F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES

Puerta del Sol, núm. 18.

1878.

Imprenta de José García, Costanilla de los Angeles, núm. 3.

PRÓLOGO.

I.

Por profunda y dilatada que sea la influencia del derecho público en la vida y civilizacion de los pueblos, no excede en extension, ni aventaja en importancia á la del derecho privado. Organiza el primero vastos y variados intereses; preside á las diversas relaciones que debe sostener el Estado así en su vida interna como externa; pero con ser de tanta trascendencia las relaciones y de tanta magnitud los intereses que nacen de la coexistencia de los Estados considerados como entidades políticas y como séres jurídicos; de su constitucion y del ejercicio de las funciones esenciales de su organismo; de la direccion de las fuerzas sociales para cooperar al desenvolvimiento de la actividad individual; de la autoridad del Poder social para el mantenimiento del órden jurídico y de la moralidad de las costumbres, no le son inferiores en lo elevado de su orígen, en la dignidad de su naturaleza, y en lo trascendental de su fin, las relaciones que ordena y los intereses que armoniza el derecho privado.

Ora se limite el concepto de este derecho al conjunto de las leyes reguladoras de las relaciones que sos-

tienen entre sí los ciudadanos (1); ora se comprenda como objeto propio suyo el organizar lo mio y tuyo exteriores (2), ó se le considere como el derecho interno de cada persona individual ó colectiva, destinado á exponer las condiciones bajo las cuales una personalidad individual ó moral puede realizar su bien *propio* en la sociedad humana por su *propia* determinacion, por su autonomía (3), siempre en el sistema completo de esta rama del derecho positivo se resume todo el organismo de las sociedades humanas en su vida privada, y se regulan todas las manifiestaciones externas de nuestra actividad en lo que tiene de inmediatamente personal nuestro fin y de esencialmente individual la direccion de nuestras facultades para realizarlo.

Sus dos grandes instituciones fundamentales, la familia y la propiedad, indestructibles ejes sobre que descansan las sociedades humanas, responden á dos leyes de nuestra naturaleza, la de generacion para la reproduccion de la especie y la educacion del indivíduo, y la de asimilacion para utilizar las aptitudes de la materia y para ennoblecerla uniéndola á nuestro destino. Las dos grandes instituciones secundarias que lo completan, la convencion y la sucesion hereditaria, hijas tambien de otras dos leyes de nuestra naturaleza, la de cooperacion como remedio á la flaqueza que nos es ingénita, y la de continuidad para perpetuar el patrimonio moral y material que nuestra actividad ha acumulado, organizan dos elementos que á la sociedad son esenciales, el movimiento que es ley de la vida y la tradicion que es principio de conservacion. Y la personalidad humana, ó sea nuestra aptitud para vivir en relaciones jurídicas, derivada de las condiciones de nuestro sér y de la identidad de nuestro destino, al ser reconocida bajo la forma de capacidad de derecho por la ley positiva, en la civil ó privada encuentra su principal consagracion, por más que la ley política sea su defensa y garantía. El hombre y la sociedad, para

---

(1) Montesquieu, Esprit des lois, liv. 1er., Ch. 3.
(2) Kant, Elements metaphisiques de la doctrine du droit, §§ 10 y 41.
(3) Ahrens, Cours de droit naturel, Partie generale, Ch. VIII.

vivir y desenvolverse en conformidad á su naturaleza, encuentran proteccion más completa é influencia más inmediata en las instituciones del derecho privado que en las de las otras ramas del derecho. La proteccion general del Estado, sin ser ménos real, es más indirecta; la influencia de las leyes políticas en sus diversas formas, sin ser ménos positiva, es más lejana.

Y porque organiza en su vida privada á las sociedades humanas este derecho, se identifica con ellas desde su nacimiento y vive de su vida; en él influyen para darle contornos individuales todos los elementos constitutivos de la personalidad histórica de la nacion para la cual existe; miéntras conserva su autonomía un pueblo, tiene un derecho privado nacional; y en el desenvolvimiento de la civilizacion de ese pueblo encuentra la fuerza propulsora de su desenvolvimieto, el orígen de sus alternativas de progreso y decadencia, el influjo á que obedecen la conservacion y las alteraciones de su fisonomía, sin que deje de tener virtud propia para ser á su vez elemento de resistencia cuando los tiempos ejercen su influencia lentamente destructora en las civilizaciones que parecen más robustas y duraderas. No vive extraño á las instituciones políticas, ni siquiera en divorcio con su espíritu; su independencia no es oposicion, ni su importancia propia, ambicion de superioridad; pero, aunque recíproca su influencia, tiene valor por sí mismo el derecho privado. Las instituciones políticas influyen en él, pero es sólo con su espíritu y en armonía con otros elementos: en cambio las instituciones civiles, con la organizacion de la familia, de la propiedad y de la sucesion hereditaria, son la base y apoyo de las instituciones políticas.

Además, el derecho privado, sin mantenerse estacionario, es el más permanente. Sus principales instituciones existen en todos los pueblos; lo que en las legislaciones varía es su forma. Aun ésta es similar en pueblos de condiciones análogas; y en cada nacion, las alteraciones que el derecho privado sufre en el curso de los tiempos no destruyen radicalmente lo que pudiera llamarse su elemento indígena, formado bajo la influencia de los elementos que integran su civilizacion.

Entran en estos elementos algunos que son propios, exclusivos de cada pueblo, y otros que son comunes á nacionalidades distintas; pero cada uno tiende á la permanencia de las instituciones civiles, sea con la fuerza que atribuye el carácter individual, sea con la que nace de ser lo general ó comun lo más conforme con lo que hay de fundamental en nuestra naturaleza.

Todo lo cual explica la importancia que aun hoy dia conserva el derecho romano como sistema de derecho privado. Considerada en su valor interno, en su elemento jurídico, la legislacion civil de Roma ha sido en la antigüedad la más completa en sus partes, la más sistemática en su conjunto, la más perfecta en sus instituciones, la más correcta en sus fórmulas, y aun la más expansiva á pesar del rigorismo de sus principios; considerada en su valor externo, en su elemento histórico, ha sido estable y progresiva; ha conservado su tipo primitivo, sin dejar de modificarse bajo la influencia de nuevos elementos transformadores de la civilizacion romana. A lo primero es debido que Roma hiciese admitir sin dificultad su derecho privado por los pueblos sometidos á su yugo, y que, llamándoles á la participacion de ese derecho, consiguiese establecer por este medio la unidad del imperio; débese á lo segundo que, al formarse las nuevas nacionalidades á la caida del imperio de Occidente, se salvase entre sus escombros el derecho civil de Roma para ser elemento influyente, aunque no único, en la civilizacion de los modernos pueblos enropeos; civilizacion que, si es cristiana por su elemento moral y germánica por su elemento social, es en gran parte romana, entre otras influencias, por la de aquel derecho.

Tanto se extendió esta influencia que durante largos siglos el derecho romano ha sido llamado *derecho comun* de Europa. El elemento germánico ha individualizado muchas de las instituciones civiles de los pueblos modernos; la Iglesia ha hecho penetrar su espíritu en todas; él, empero, ha dado al derecho civil de esos pueblos el elemento sistemático de las instituciones, el desenvolvimiento fundamental de su organismo, el tecnicismo del lenguaje jurídico, y el trabajo ya com-

pleto de lo que puede llamarse lo axiomático del derecho; y más en concreto, ó sea respecto á su contenido, al desaparecer la esclavitud, la antigua condicion de la mujer y de los hijos, la agnacion y algunas de las formas de adquirir y perder los derechos personales, se han conservado en el organismo del derecho de familia el matrimonio, la filiacion, la patria potestad, la cognacion, la legitimacion, la adopcion, la emancipacion, la tutela y la curatela, sin sus elementos históricos, es verdad, pero con sus caractéres esenciales, su desenvolvimiento doctrinal, y su vida de relacion en el seno de aquel organismo; en el derecho de las cosas, destruidas las antiguas categorías de la propiedad y las formas simbólicas para adquirirla ó perderla, no por esto han desaparecido los caractéres generales de los bienes y su division, los del dominio y de los derechos reales que lo limitan, y las formas naturales de adquirirlo y de perderlo, aun cuando durante siglos la propiedad haya estado organizada bajo un régimen que no era el de su condicion natural y sí el modelado bajo la influencia del régimen social y político de la Edad Media; en el derecho de las obligaciones, extinguido tambien lo que era vestigio del antiguo simbolismo, la convencion en sus elementos constitutivos y en sus diversas manifestaciones conserva el tipo de la legislacion romana en la época imperial (1); en el de las sucesiones, si se elimina lo que eran dogmas sucesorios derivados de la antigua Constitucion romana, formas puramente históricas de la confeccion del testamento, efectos de la potestad patria y domínica en punto á la testamentifaccion activa y pasiva, ó expresion de la influencia de la agnacion en la sucesion intestada, los principios fundamentales conservan aún hoy su autoridad primitiva; y en órden á las acciones es indudable que, si no con el

(1) El primer fragmento que en el Digesto se incluye en el título *De Pactis* es el de Ulpiano, en que proclama: ¿quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare? La obligacion literal en su organismo jurídico no ha sido enteramente abolida en algunas legislaciones modernas; y de la estipulacion ha desaparecido el valor de las fórmulas, no el carácter obligatorio de la promesa verbalmente hecha y aceptada.

rigorismo del nombre y la inflexibilidad de la clasificacion, existen hoy como existian todas en las compilaciones justinianeas, por lo que se refiere al derecho de donde nacen, á la capacidad activa y pasiva que suponen, á la prueba que requieren, á los efectos que producen y á las excepciones con que se combaten.

Y esto avalora el derecho romano y legitima su reconocida importancia como sistema de derecho privado, aunque no sea el más acabado modelo de legislacion civil. No puede negarse, con todo, su superioridad científica, la que en todos tiempos, y aun en los presentes, ha sido proclamada por los más autorizados jurisconsultos. «La mayor parte de los escritores que censuran el derecho romano con tanta acritud como ligereza, blasfeman de lo que ignoran,» dijeron á la faz de la Francia Portalis y sus compañeros (1); y el último de sus grandes jurisconsultos, Troplong, ha enaltecido aquel derecho, llamando, con referencia á él, *patria ilustre del derecho civil* á Italia (2). El escocés Sumner Maine califica al derecho romano del más célebre sistema de jurisprudencia que ha conocido el mundo (3). Y Zachariæ, el ilustre profesor de Heidelberg, que ha llevado el génio de la ciencia alemana á la exposicion del derecho civil francés, dice del derecho romano que su concordancia con el derecho filosófico le ha hecho merecer con justicia el título de *razon escrita* (4), repitiendo la calificacion que el gran Bossuet le habia dado. Hoy sólo los espíritus superficiales hablan de las sutilezas del derecho romano, de la inhumanidad de sus instituciones. Si las legislaciones modernas no pueden admitir lo que llevaba impresa la influencia de una época y de una nacionalidad, la ciencia de nuestros dias descompone y separa lo que tiene valor histórico de lo que tiene valor jurídico, é investiga lo primero para conocer el orígen, el génio, las vi-

---

(1) Discurso preliminar al primer proyecto de Código civil.
(2) Prefacio á su Comentario á las donaciones entre vivos y á los testamentos.
(3) El derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas.
(4) Cours de droit civil français, § 14.

cisitudes de las instituciones, y recoge y conserva lo segundo como tesoro que enriquece la ciencia jurídica y facilita la codificacion moderna en lo que al derecho privado se refiere.

Así que, aun cuando el derecho romano no tuviese importancia histórica para conocer uno de los grandes periodos de la civilizacion antigua y la vida moral del pueblo que ha servido de cuna á las nacionalidades modernas; aun cuando no tuviese valor literario para una de las más preciadas direcciones del espíritu científico contemporáneo, la de la legislacion comparada; aun cuando no tuviese valor legal por ser todavía en algunas naciones la base de su derecho comun, y en otras, como España, el derecho supletorio en provincias de legislacion foral; conservaria siempre valor científico como sistema completo, y vivo en muchas de sus partes, de una de las más importantes ramas del derecho positivo, y como elemento que ha sido de las legislaciones modernas, porque en todas ha penetrado en los siglos medios, sin que hayan repudiado su influencia las del siglo XIX.

II.

Siempre ha tenido la docta Alemania romanistas distinguidos, y á los nombres de sus grandes jurisconsultos de otros dias deben en el presente siglo agregarse los de Hugo, Gluck, Puchta, Haubold, Thibaut, Muhlenbruch, Bücking, Haenel, Gans, Rudorff, Wangerow, Von Yhering y otros, sin contar los grandes servicios que Niebuhr y Mommsen han prestado á la historia y á las fuentes del derecho romano. Ocupa entre ellos el primer lugar, en concepto de muchos, Federico Cárlos de Savigny, á quien Mignet ha llamado ante la Academia de Ciencias morales y políticas de la vecina Francia (1) «eminente por la erudicion, profundo

---

(1) Notice historique de la vie et des travaux de M. de Savigny.

»en la doctrina, célebre por sus obras, inmortal por su »talento;» y de sus principales trabajos sobre derecho romano hemos dicho en otra ocasion, al asociarnos al nobilísimo pensamiento de honrar con un monumento de carácter literario la memoria del gran jurisconsulto, lo que sigue (1): «Su *Tratado de la Posesion,* llegado »ya á su edicion 7.ª, en el que Savigny se muestra, al »decir de Lerminier, filólogo ingenioso al par que lógi»co profundo, y en cuyas páginas se desenvuelven las »abstrusas teorías sobre esta dificilísima rama del de»recho civil bajo nueva luz y con el perfecto enlace de »un completo organismo jurídico; su inmortal *Historia »del Derecho romano en la Edad Media*, monumento de »docta sagacidad y de elevada razon segun Mignet, y »con cuyo auxilio se conocen los destinos, durante si»glos, de aquella legislacion que es fuente y modelo de »las legislaciones modernas, libro tan útil á la historia »del Derecho como necesario á la de la civilizacion de »los pueblos fundados sobre las ruinas del imperio de »Occidente; su *Sistema del Derecho romano actual*, vas»ta y profunda introduccion general á la exposicion »científica de las instituciones que constituyen la legis»lacion romana, y á propósito del cual ha podido de»cirse de Savigny que algunas decisiones mutiladas ó »incompletas le bastaban para hacer aparecer una teo»ría hasta entónces desconocida, á la manera que bas»taban á Cuvier algunos huesos de un mónstruo anti»diluviano para reconstituir el animal entero; su *Dere»cho de las obligaciones*, trabajo por desgracia incom»pleto y en el cual el ilustre escritor se excedió à sí »mismo en la originalidad de los puntos de vista y en »la profundidad de las teorías que desenvuelve, no tie»ne hoy rival entre las numerosas obras de derecho »romano, de gran mérito muchas de ellas, aparecidas »en lo que va corrido de siglo, y han abierto al estu»dio de ese derecho, cada dia más recomendado por las

---

(1) Discurso leido como Presidente numerario de la Comision española de la Fundacion—Savigny, en el acto de su instalacion en Barcelona en 11 de Julio de 1869.

»grandes lumbreras de la ciencia, nuevos y dilatados »horizontes que las inteligencias ganosas de séria y »fecunda educacion no se cansan de recorrer.»

Pero si en todas estas obras descuellan las grandes cualidades del inmortal profesor de Berlin, la sagacidad en las investigaciones, la originalidad en las teorías, la profundidad en la doctrina, el acierto en la crítica, la riqueza y solidez en la erudicion, en ninguna se ostentan tan de relieve como en el *Sistema del derecho romano actual*, en el que la vasta concepcion del plan compite con la perfeccion de su desenvolvimiento, y su superioridad científica rivaliza con su utilidad práctica cuando el casuismo cede, como es debido, su lugar á los principios. La naturaleza de esta obra, y por consiguiente su importancia, las indica su título; su valor externo lo revelan las partes en que se divide: su valor interno lo encarecen la novedad y profundidad de las doctrinas. Con el título de *Sistema del derecho romano actual* trata Savigny las materias de derecho que tienen organismo romano, siguiéndolas en su desenvolvimiento histórico, cualesquiera que sean su naturaleza y orígen; y no el antiguo derecho, anterior á la legislacion justinianea, ni las partes de esta legislacion que son extrañas al derecho moderno, sino las que subsisten todavía (1), no en lo que pertenece al derecho público, sino en lo que constituye el privado, con exclusion del procedimiento ó de las formas establecidas para el reconocimiento del derecho (§ 1.º). En la concepcion de su conjunto, proyectóse la obra para desenvolverla en dos partes, una general y otra especial, abrazando la primera tres de sus siete libros, dedicados respectivamente á *Las fuentes del derecho, á las relaciones de derecho y á la aplicacion de las reglas de derecho á las relaciones jurídicas*; y debiendo abarcar la segunda en los cuatro libros restantes *el derecho de las cosas, el de las obligaciones, el de familia y el de las*

(1) Así se estudia hace años el derecho romano en Alemania; y es de ahí que, mientras en Francia se atribuye á este estudio una importancia meramente relativa, un interés puramente histórico, tiene en aquella nacion importancia propia é interés presente, así bajo el aspecto científico como bajo el meramente práctico.

sucesiones, de los cuales sólo ha aparecido, aunque de una manera incompleta el segundo, formando una obra especial con el título de *Derecho de las obligaciones*. Su valor interno lo recibe del conocimiento profundo de los textos, del espíritu crítico que preside á su exámen, del lazo filosófico con que se unen en su exposicion las instituciones, del alto sentido jurídico con que se investiga su naturaleza, y de la certera apreciacion de las necesidades prácticas que las reglas de derecho privado deben satisfacer.

En ningun otro libro anterior habia sido concebido bajo tan extenso y metódico plan el antiguo derecho romano. El talento independiente de Doneau habíale hecho protestar contra el aserto de que ningun órden es tan perfecto como el del Digesto, y conducídole á exponer las materias que abraza bajo un plan distinto, pero incomparablemente más metódico que el que dicha compilacion desenvuelve. El espíritu analítico de Pothier llevóle á introducir el órden en la doctrina de las Pandectas, aunque no general, sino parcialmente, y no en la universalidad de su contenido, sino en lo particular de cada uno de sus títulos. Pero Doneau no acertó á descubrir todo lo que de monumental encierra el derecho romano; y Pothier es más geómetra que filósofo en su exposicion del derecho civil de Roma segun la compilacion justinianea. Los demás expositores siguen comunmente el órden de las Instituciones, de las Pandectas ó del Código, al tomarlos respectivamente por asunto de su trabajo; y aunque en general la exégesis no predomina en la exposicion como método cual acontece en la escuela jurídica francesa de este siglo, falta generalmente espíritu de innovacion en el ordenamiento científico de las partes, y aun más que esto, espíritu filosófico para separar lo general de lo particular; los elementos constitutivos de toda institucion jurídica, de los especiales y característicos de los del derecho privado; lo comun á toda legislacion civil, de lo especial y propio ó genuino del derecho privado de Roma.

Lo cual ni amengua el mérito de los predecesores de Savigny, ni rebaja el valor del concurso que todos

le han prestado con sus obras: los nombres de Cuyas, Doneau, Noodt, Voet, Perez, Pothier, Schulting y otros siempre serán ilustres en la historia de la ciencia del derecho. Pero siendo indudable que los trabajos de estos expositores y comentaristas han facilitado á á Savigny la senda que ha recorrido, es indudable igualmente que bajo su pluma el derecho romano, y aun el civil en general, toma nueva faz y crece en interés como objeto de investigacion científica.

Exponer el derecho romano actual, no como tratado, sino como sistema (1), es conquistar en el terreno científico carta de naturaleza para un principio no siempre comprendido, y sobre todo nunca doctrinalmente formulado por los antiguos: el de que el derecho privado positivo desenvuelve un organismo natural, que toma forma histórica en las diversas legislaciones civiles. Así considerada esta rama del derecho preséntanse sus partes como instituciones que tienen tambien organismo propio, pero dotadas de aptitud para tomar color local y armonizar lo que es de su esencia con lo que caracteriza la civilizacion de cada pueblo. En este concepto, el derecho civil romano no es meramente la legislacion de un pueblo grande en la historia é influyente en la organizacion de la sociedad moderna, sino un cuerpo de doctrina jurídica, elaborado por un pueblo á quien Dios dotó de alto sentido para hacer práctico lo abstracto y real el concepto racional, al entrar las relaciones privadas del hombre en los dominios del derecho. Y sin perder bajo este punto de vista el derecho romano el carácter de reglas con fuerza coercitiva para un pueblo que dejó de ser, conserva el de legislacion que aún hoy impera en algunos pueblos, despojada de elementos que no pueden subsistir en la civilizacion moderna, pero en armonía con otros, propios de esta civilizacion. De suerte que en la obra de Savigny se encuentran, de una parte, una verdadera generalizacion de los grandes elementos del derecho pri-

(1) El traductor francés, Mr. Guenoux, dió el título de tratado á la obra de Savigny, palabra que no equivale á la del original ni expresa fielmente el pensamiento fundamental del libro.

vado, y áun del derecho en general, independientes de los tiempos y lugares; de otra, una como introduccion al estudio del derecho romano, para conocer perfectamente sus partes, y seguir, al profundizarlo, el desenvolvimiento de sus grandes instituciones; y finalmente, la demostracion práctica de la autoridad, sea legal en unos puntos, sea meramente científica en los más, de las doctrinas que forman el patrimonio del derecho romano con vida en los dias presentes, por ser todavía en muchos puntos el tipo más perfecto hasta ahora de las relaciones jurídicas de carácter privado.

III.

Unido el nombre de Savigny desde comienzos de este siglo á la gran contienda científica entre las escuelas filosófica é histórica, natural era que el ilustre jurisconsulto desenvolviese en este libro sus teorías; y así lo ha verificado, no con la pasion que la polémica engendra, sino con la elevacion de espíritu que sólo se recobra á gran distancia de los dias de combate. Hora es ya, ha dicho en el prólogo de su obra, de poner término á querellas de partido, y áun de abandonar los nombres con qué se han distinguido hasta ahora; por manera que destinadas estas líneas á invitar al estudio y meditacion del libro de Savigny, justo es detenerse, siquiera por breve espacio de tiempo, en determinar el recto sentido de la doctrina de la escuela histórica y en apreciar su valor científico (1).

En dos ideas capitales se condensa la teoría de Sa-

(1) Aunque la obra de Savigny no tenga por principal objeto la exposicion de las doctrinas de la escuela histórica, como en ella se presentan depuradas estas doctrinas de la exageracion á que la polémica condujo, y no son aplicables á las mismas todos los argumentos con que han sido combatidas hasta ahora, les consagramos algunas páginas con el preferente intento de demostrar cómo ha aportado á la ciencia esta escuela el principio más importante de ella, á saber, que en el derecho positivo, al lado del elemento absoluto ó racional, hay el elemento relativo ó histórico.

vigny: refiérese la primera al orígen y desenvolvimiento del derecho positivo; pertenece la segunda á su naturaleza (1).

El derecho positivo, segun el célebre jurisconsulto, vive en la conciencia comun del pueblo. Nace ántes de los tiempos históricos como la lengua y los usos de la vida comun; y al igual que el Estado, aparece á impulsos de una necesidad superior, de una fuerza interna que quiere salir al exterior y da al Estado como al Derecho un carácter individual. Aunque es el espíritu humano el que obra en los diferentes pueblos, y reviste de rasgos particulares el derecho, su creacion es un hecho realizado en comun, pero no como acto arbitrario de los diversos individuos de que el pueblo se compone, sino como obra del espíritu general que anima á todos los miembros de una nacion. Manifiéstase primitivamente por medio de la costumbre; mas semejante á la vida de los pueblos, ofrece una sucesion contínua de desenvolvimientos orgánicos; y como con el tiempo el espíritu general de la nacion necesita nuevos órganos, estos son la legislacion y la ciencia del Derecho, los cuales ejercen más de una accion sobre el derecho primitivo, pues engendran nuevas instituciones y modifican las primitivas ,si han venido á ser extrañas al espíritu y necesidades de la época. Así nace y se desarrolla el derecho positivo de los pueblos.

¿Cuál es su naturaleza? En el derecho descúbrense siempre dos elementos, uno individual y particular á cada pueblo, otro general y fundado en la naturaleza comun de la Humanidad. Luchan á veces estos elementos y se limitan mútuamente, pero al fin se reunen en una unidad superior: de desconocerlos resulta, ó que se reduce el derecho á una abstraccion sin vida, ó que se rebaja la dignidad de su vocacion; pero este doble escollo se evita señalando al Derecho un fin general que cada pueblo está llamado á realizar históricamente. Sale aquel fin general de la ley moral del hombre bajo el punto de vista cristiano; y en el derecho positivo se

(1) Véanse especialmente los §§ desde el 7.º al 16.º de la obra.

revela constantemente el espíritu general de la Humanidad, de tal suerte que si el derecho de cada nacion presenta algunos caractéres particulares á la misma, otros muchos son comunes á todos los pueblos.

Presentada en breve síntesis la teoría de la escuela histórica segun la espone el más ilustre de sus jefes, obsérvase desde luego que no contiene una doctrina general del derecho bajo el punto de vista filosófico ó racional; pero tampoco es éste su objeto. No intenta Savigny investigar el orígen filosófico del derecho, ó lo que es lo mismo, determinar su raíz y fundamento considerándolo en la abstraccion de sus principios: ceñido á explicar el orígen del derecho positivo, no consulta á la razon, sino á la historia; no interroga al sér moral y social en las múltiples condiciones de su naturaleza y destino, sino á las sociedades humanas en su vida real y en su desenvolvimiento á través de las edades. Huye de lo ideal, y desciende á la observacion de los hechos; explica el fenómeno histórico y señala lo que tiene de constante en su aparicion; lo reconoce como ley del desarrollo jurídico de los pueblos, más bien que como principio racional. ¿Es esto negar la legitimidad científica de la filosofía del derecho? No cabria afirmarlo de quien la invoca (1) diciendo que la historia y la *filosofía del Derecho* reconocen *científicamente* el elemento general y el individual en el derecho positivo.

Dedúcese de ahi que no es justo imputar á la escuela histórica que busca el orígen del derecho en las tendencias instintivas, inferiores de nuestra especie. Savigny no desconoce—y así lo demuestra el modo como explica la naturaleza del derecho—que su orígen racional está en principios superiores; pero al averiguar el orígen del derecho positivo lo encuentra, como regla impuesta á la voluntad, en las que se deducen de la naturaleza moral del hombre; como ley nacional, en el espíritu general del pueblo, revelado, no creado, por los rasgos característicos de su individualidad. Descubre siempre en su existencia una época ante-histórica,

(1) § 15.

y observa que en todos los pueblos se atribuye á alguna Deidad el orígen de sus primitivas leyes; observa además que, por largo tiempo, existe en forma puramente consuetudinaria el derecho, revestido de caractéres propio, de fisonomía nacional: y como no es un acto reflexivo y autoritario su aparicion en cada pueblo; como no lo es tampoco el contorno especial de sus instituciones y su primitivo desenvolvimiento; como, á pesar de todo, hay unidad de carácter, ó sea un tipo verdaderamente propio en estas instituciones, sólo á la conciencia comun, sólo al espíritu general de la nacion atribuye la fuerza creadora del derecho positivo en cuanto es regla concreta, norma reconocida ó establecida por la autoridad social para las relaciones jurídicas en una sociedad determinada.

Lo cual no hace estacionario el derecho positivo de los pueblos, segun Savigny. De la misma manera que pasa por contínuos desenvolvimientos orgánicos la constitucion de los Estados, pasan por sucesivas transformaciones sus instituciones jurídicas. Unas desaparecen y otras se modifican; algunas resisten la injuria de los tiempos, otras vienen á colocarse junto á ellas, dándose recíprocamente, las nuevas y las antiguas, apoyo y vigor; y los nuevos órganos del espíritu nacional, la legislacion y la ciencia, satisfacen la necesidad que el desenvolvimiento orgánico de los pueblos engendra. De estos dos órganos, uno de ellos, la legislacion, es hijo de la autoridad del Estado; el otro, la ciencia, es elaborado por la clase de los jurisconsultos que representa el espíritu general de la nacion; pero ambos, en relacion con el derecho popular que les sirve de base, contribuyen al desarrollo y perfeccion del derecho, no subordinados ó en condicion de inferioridad respecto á aquel, sino fijando la ley lo que es incierto cuando el cambio de costumbres, de opiniones y de necesidades exige el cambio del derecho, y dándole los jurisconsultos su forma lógica, su expresion científica, una especie de nueva vida orgánica.

No desconoce, pues, Savigny la naturaleza libre y racional del hombre, ni le somete al imperio de los instintos, de los hábitos, de las costumbres más ó ménos

reflexivas. La obra del legislador, la obra de los jurisconsultos, aunque sea la traduccion del espíritu general de la nacion, nunca puede presentar los mismos caractéres que la costumbre jurídica. En ellas la influencia del espíritu nacional jamás podrá acallar la voz de la razon. En la elaboracion del legislador como en la lucubracion del hombre de ciencia, el hecho y la idea lo propio que el fenómeno y su causa, serán siempre observados y analizados segun las leyes del entendimiento humano. Sin duda el espíritu nacional dará fisonomía propia lo mismo á la legislacion que á las doctrinas jurídicas de un pueblo; pero el elemento racional, el principio filosófico, si toman su forma, conservarán su influencia. Así lo comprende el gran jurisconsulto aleman cuando afirma que el progreso del derecho proviene de la accion recíproca de los dos elementos, el general y el individual, y que el legislador debe tener siempre ante su vista el primero y aproximarse constantemente á él, sin atentar por esto á la energía de la vida individual del pueblo (1).

Y esto le lleva á protestar contra la imputacion de que su teoría presenta la forma antigua del derecho como tipo absoluto é inmutable para el presente y el porvenir. Esta imputacion no es justa. Más lo es, á nuestro entender, la reserva contra las consecuencias extremas de la idea de que el derecho cambia cuando una institucion viene á ser extraña al espíritu y necesidades de la época. Hay que distinguir entre los principios fundamentales y los secundarios del derecho. Los que son emanacion directa é inmediata del principio de justicia; los que son expresion de las leyes eternas del órden moral y de los principios esenciales de toda organizacion social; los que forman los elementos constitutivos de la nacionalidad de un pueblo, no pierden su legitimidad porque aparezcan en discordancia, más superficial que interna, con lo que se llama la corriente de las ideas de un siglo ó de los intereses de una generacion: superiores á estas ideas y á estos intereses, de-

(1) Párrafo citado.

ben resistir tal corriente con la resistencia que á los extravíos del error ó á las seducciones del mal oponen la Verdad y el Bien; los principios que suelen llamarse derivados, los que se refieren á las necesidades externas, á los intereses secundarios de un pueblo, los que forman el elemento contingente de la vida de ese pueblo, estos son los que pueden recibir la influencia del espíritu de la época, y legitiman el cambio de las instituciones. Tambien padecen aberraciones los pueblos; tambien se extravían á veces las grandes creencias en ciertos períodos de la historia; y si no todo lo antiguo es legítimo, tampoco es un progreso todo lo nuevo.

Las ideas de Savigny sobre la naturaleza del derecho positivo se relacionan en perfecta concordancia con las de su orígen y desarrollo. Para nosotros, caracterizan mejor que estas últimas las tendencias de la escuela histórica; más aún, son las que presentan aspecto más original y sentido más profundo; y en tanto han penetrado como verdades en la ciencia, como que escuelas que le son hostiles (1), las admiten. No consagra con ellas Savigny la teoría del fatalismo en derecho, ni borra la distincion entre el bien y el mal moral, entre lo justo y lo injusto, y aún menos rechaza todo principio absoluto como contenido del derecho positivo. Léjos de esto, lo más característico, lo más peculiar de la teoría de Savigny, lo que la distingue de todas las demás de sabor histórico, y especialmente de la tradicionalista, es la idea de que el derecho tiene un fin general que cada pueblo realiza históricamente. Lo histórico es lo particular; lo general descansa sobre un principio comun de vida; y si el derecho existe para el hombre, su fin no puede ser distinto para cada nacion, sino comun á todas las agrupaciones de séres de nuestra especie, localizadas en un punto del espacio y organizadas bajo

---

(1) Ahrens señala como uno de los principales méritos de la doctrina de Krause el que es la que mejor combina la alianza de la filosofía con la historia; la union íntima del elemento histórico con el elemento racional.

un régimen político y social. De ahí el señalamiento del fin general del derecho que, segun queda dicho, deduce Savigny de la ley moral del hombre bajo el punto de vista cristiano, siendo notables algunas de sus palabras para el exclarecimiento de su idea. «El Cristianis»mo, dice (1), no existe sólo como regla de nuestras »acciones; de hecho ha modificado la Humanidad y se »encuentra en el fondo de todas nuestras ideas, aun de »las que parecen serle más extrañas y hostiles. Reco»nocer este fin al derecho no es transportarlo á una es»fera más vasta y despojarlo de su independencia; el »derecho es un elemento especial que concurre al fin »comun y que reina sin límites en la extension de su »dominio: unirlo de esta suerte á la universalidad de »las cosas, es únicamente darle una verdad más alta.» Y más adelante añade: «De otra parte, el elemento ge»neral nos aparece bajo diversos aspectos, y sobre todo »allí donde obra la naturaleza moral del derecho. Así »que la dignidad moral y la libertad, comunes á todos »los hombres; el desarrollo de esta libertad por las »instituciones de derecho; todas las consecuencias prác»ticas que de estas instituciones se derivan; lo qué los »autores modernos llaman *la naturaleza* de las cosas »*(æquitas ó naturalis ratio)*, son otras tantas manifes»taciones inmediatas y directas del elemento general.»

Reconoce, pues, Savigny que hay en el derecho positivo un elemento de carácter absoluto, un principio de naturaleza ética, y, por lo mismo, independiente de los tiempos y lugares, que es el vínculo comun de todas las legislaciones civiles, porque es el fin general que todas deben realizar; y que en las legislaciones de los pueblos modernos este elemento es el principio cristiano, la ley moral del hombre como el Cristianismo la enseña y la ha infiltrado en toda la civilizacion moderna. Por manera que si Stahl (2) pudo un dia decir que el defecto de la escuela histórica consiste en no considerar al derecho sino bajo un solo aspecto, el del modo como en la conciencia se produce, sin declarar el modo

(1) § 15.
(2) Historia de la Filosofía del derecho; libro VI, seccion 2.ª

como es movida y gobernada por un poder superior la conciencia universal, debe hoy rectificarse este concepto, porque bajo el punto de vista cristiano, el hombre reconoce y afirma la existencia y accion constante de un poder superior que ha creado y conserva el órden moral, y por consiguiente el jurídico, como ha creado y conserva el órden general del Universo.

Cierto que Savigny añade otra afirmacion á la anterior, afirmacion que es la base esencial de la teoría, la de que cada pueblo realiza históricamente el fin general del derecho. Pero nada indica que quiera con esto significar que cada pueblo tiene que realizar en su vida histórica un fin jurídico especial, bien que secundario, con relacion al fin general, sino que cada pueblo, al existir como individualidad política é histórica, realiza este fin de una manera especial, propia, verdaderamente nacional. ¿Y puede acaso revocarse en duda este fenómeno histórico? Tienen los pueblos como los indivíduos carácter propio, fisonomía moral peculiar suya, y esto es lo que significa espíritu general de la nacion, ó como lo consideramos más exacto, espíritu nacional. Idéntico es el fin de todas las sociedades humanas; sin embargo, es distinta por sus rasgos característicos la civilizacion de los pueblos; y el espíritu que la informa influye en el derecho positivo, porque la nacionalidad de un pueblo en nada encuentra expresion tan expontánea como en el organismo de sus instituciones jurídicas. No puede desconocerse que una de las fuerzas vitales de los pueblos es el derecho, norma y guía de la vida social; y en aquellas tres principales partes de toda legislacion, el derecho político ú orgánico del Estado, el civil ú orgánico de la familia y la propiedad, y el penal ó sancionador de la autoridad de las leyes y de la moralidad de las costumbres, se siente más que en otros la influencia de los elementos históricos, se revela siempre en contornos especiales de las instituciones el espíritu nacional. Y este espíritu no rechaza la superioridad del elemento absoluto del derecho. Como en otro lugar lo hemos dicho (1),

(1) Estudios políticos y económicos; 1855.

este espíritu no destruye el elemento moral de lo bello en la literatura y las artes, ni el elemento moral de lo verdadero en la filosofía de cada pueblo, ni el elemento moral de lo bueno en las costumbres de cada país: ¿por qué, pues, habria de destruir el elemento moral de lo justo en las instituciones jurídicas?

Trendelenburg ha dicho (1): «El hombre es un ente »histórico, un ente de la sociedad histórica nacido y »nutrido en la forma especial de una historia que él á »su vez continúa y amplía, un miembro que vive del »pasado en el porvenir, trabajando incesantemente en »este gran tránsito.» Esto justifica la teoría que sostiene la influencia del elemento histórico, del elemento relativo, no superior, sino aliado del elemento absoluto en el derecho positivo de los pueblos; y lo confirman las siguientes palabras de uno de los más distinguidos escritores de la escuela individualista (2). «En »el derecho como en la vida siempre se encuentra que »el presente tiene su raíz en el pasado; la vida del »hombre se enlaza con la de sus mayores con mil visi»bles vínculos, á pesar de tener carácter y esencia pro»pios, lo cual sucede de la misma manera en cada »pueblo y en cada siglo; y no hay principio general que »no tome forma particular en cada uno.» Esta forma particular se la imprime el espíritu nacional que vivifica todas las manifestaciones de la vida moral de los pueblos; y como en el derecho hay siempre el elemento sustancial y el elemento formal, el primero de los cuales representa el principio moral, absoluto, y el segundo constituye el organismo de las instituciones jurídicas, el espíritu nacional reviste de un organismo propio al principio jurídico al desenvolverse en las instituciones ó conjuntos sistemáticos de las reglas que presiden á las relaciones sociales.

Uno de los más ilustres romanistas de nuestros dias, Rodolfo Von Yhering (3) ha combatido las teorías

(1) El derecho natural fundado en la Etica.

(2) Laboulaye: Del método histórico en jurisprudencia, y de su porvenir.

(3) Espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo.

de Savigny diciendo que el principio de *nacionalidad* y el de *universalidad* son las dos ideas que dividen la historia general del derecho en dos épocas esencialmente distintas; que todo obedece á la ley de comunicacion y de accion internacionales, sin que el derecho pueda sustraerse á esta ley general de la civilizacion; que si en Oriente, por ejemplo, se desarrolla el derecho como Savigny lo enseña, en el mundo moderno, por el contrario, toma la historia del derecho un impulso más elevado, convirtiéndose en historia de él verdaderamente tal; y que sólo así se explica la general admision del derecho romano en la Edad Media.

No sólo estas ideas, sino el libro entero del ilustre profesor de Gotinga, merecen ser detenidamente estudiados. Hay en esta obra una concepcion tan grandiosa y un tan brillante desenvolvimiento de su idea fundamental; compiten en ella tan felizmente la erudicion con la elocuencia, la profundidad de los juicios con la novedad de los conceptos, que el libro se lee con interés hasta el fin, y el ánimo, en vez de reposar despues de su lectura, se recoge para la meditacion de las nuevas teorías, y, como es consiguiente, para la revision de las antiguas. Este es el privilegio de libros verdaderamente monumentales.

No es esto decir que sean para nosotros exactas todas las ideas del ilustre impugnador de Savigny. Sin duda en los tiempos modernos, y más aún en los presentes dias que en siglos anteriores, el principio que Yhering llama de comunicacion y accion internacionales, aproxima, si no á la uniformidad, á la semejanza de las legislaciones. El progreso de las ciencias físicas y sus prodigiosas aplicaciones á las necesidades de la vida social contribuyen tanto como la divulgacion de las doctrinas fundamentales sobre el hombre y la sociedad, sobre la personalidad humana con sus fueros y el Estado con su fin propio y sus prerogativas naturales, á la formacion de una comunidad de ideas, de aspiraciones y de necesidades cual ninguna otra época la haya conocido.

A esta accion no puede ser extraño el desenvolvimiento del derecho; pero esto no destruye la teoría de

Savigny, y ántes bien la confirma, porque sólo desapareciendo los contornos de la individualidad histórica de cada pueblo, la semejanza de las legislaciones se realiza. De otra parte, el principio de universalidad debe derivarse siempre de lo que es constitutivo de la naturaleza humana y, con aplicacion al derecho, de lo que llama Savigny el elemento general ó absoluto, deducido del fin general de la Humanidad; y en el mundo cristiano, en la civilizacion que descansa en el principio de la unidad de nuestra especie, esta idea ha penetrado con una intensidad é influencia tales que no eran posibles en el mundo pagano. Este elemento, que es el derecho natural como cada época lo comprende, tiende siempre á penetrar en todas las legislaciones; en el progreso de su concepto rompe á veces los antiguos moldes jurídicos, y se los asimila otras veces, conservando algunas de sus primitivas formas; y él es el que representa en el derecho positivo el principio de la universalidad. Pero en las instituciones hay además el elemento formal, sin el cual el derecho positivo no existiria, porque es el que da realidad á los principios de derecho natural desenvolviéndolos en el organismo particular de cada una de ellas; y sobre este segundo elemento, el principio de nacionalidad influye hasta el punto de dar traduccion histórica al primero.

En la Edad Media, ese segundo elemento ha tenido igual, sino mayor importancia que en otros períodos históricos: época de reconstruccion social, en su vida jurídica debian recibir los pueblos la influencia de todos los elementos de su civilizacion. Extendióse, es verdad, por Europa el derecho romano, y áun llamósele *su derecho comun*; pero es que en la obra de reconstruccion de las sociedades modernas las instituciones jurídicas de las nuevas naciones eran incompletas é imperfectas; y en el derecho romano se encontró el principio jurídico desarrollado en el mayor grado de perfeccion relativa que aquellas sociedades podian imaginar. Tal como ellas conocieron aquel derecho, esto es, segun las compilaciones justinianeas, estaba despojado en gran parte del elemento propio de la antigua civilizacion romana, y el elemento cristiano habia penetrado

profundamente en el organismo de todas sus instituciones, lo cual le hacia más asimilable á la civilizacion de aquellas sociedades. Pero si en el derecho romano vieron todas la más perfecta expresion del elemento jurídico comun, del derecho de la naturaleza en estado de institucion jurídica, y del sistema ú ordenado conjunto de todas las instituciones civiles, no por esto renunciaron al elemento relativo, al principio de nacionalidad. Las nuevas instituciones que el elemento germánico introdujo en las sociedades modernas; el contorno histórico que este elemento, vario como las nacionalidades, dió á otras, formaron donde quiera el derecho propio, el derecho nacional de cada pueblo, derecho conforme con sus ideas, con sus sentimientos, con sus costumbres, y que aún hoy, es el elemento persistente é indígena, junto con el deducido del derecho canónico, de su respectivo derecho positivo. No de otra suerte pueden conciliarse el hecho de haberse admitido el derecho romano en casi todas las naciones europeas con el de haberlo sido, sin embargo, en ellas como derecho supletorio del nacional; y el favor que disfrutó el derecho romano entre los jurisconsultos, quienes como hombres de ciencia admiraban en él la unidad de su sistema y la fórmula de sus principios, con la repugnancia que, por ejemplo, sintió Castilla á aceptar como legislacion patria la de Partidas, en que se menospreció el derecho indígena para dar la preferencia al romano.

IV.

Bajo el punto de vista exclusivamente jurídico, la obra de Savigny debe ser considerada como introduccion general al estudio del derecho privado positivo.

No investiga simplemente el gran jurisconsulto aleman las fuentes del derecho romano cual hoy existe, sino la naturaleza de las fuentes del derecho en general; no expone únicamente los principios de aquel derecho sobre la interpretacion de las leyes, sino las re-

glas fundamentales de la interpretacion. Define, analiza y clasifica las relaciones de derecho, y hace de todo ello aplicacion al derecho romano; pero al considerar, segun este derecho, á las personas como sujetos en las relaciones jurídicas, determina al propio tiempo los caractéres generales de la capacidad natural y las condiciones esenciales de constitucion, actividad y extension de las personas jurídicas. Los hechos jurídicos como determinacion del nacimiento, modificaciones y extincion de las relaciones de derecho, aparecen en su naturaleza comun y en el detalle de sus cinco grandes variedades, las sucesiones, los actos libres, las declaraciones de voluntad, los contratos y las donaciones; y no sólo con relacion al organismo del derecho romano, sino tambien con independencia absoluta del mismo. Bajo igual concepto es analizado el tiempo como parte integrante de los actos jurídicos, y lo son los obstáculos que á la eficacia de estos actos se oponen. Altéranse las relaciones jurídicas por las violaciones del derecho; y al presentarse éste en necesidad de defensa, nace la accion en cada caso con diverso carácter por razon de su orígen, pero con elementos y condiciones generales; y al lado de la clasificacion de las acciones, al lado de la enumeracion metódica de sus causas de extincion segun derecho romano, descríbense por Savigny la naturaleza íntima y las categorías esenciales de la accion y de la excepcion. Produce el juicio la litispendencia, y resulta del juicio la autoridad de la cosa juzgada; pero los efectos de la primera y las condiciones de la segunda, no sólo son examinados en conformidad al derecho romano, sino con investigacion abstracta y útil para todo sistema de derecho privado. Suplen al fallo la confesion judicial y el juramento; repara la restitucion *in integrum* el daño ocasionado por la violacion de derecho; y de las condiciones necesarias para el valor de la confesion y del juramento ó para la procedencia legal de la restitucion segun el derecho romano las establece, salen las que deben ser necesarias en toda legislacion civil. En la fijacion del imperio de las reglas de derecho sobre las relaciones jurídicas, así en cuanto existen límites locales para este imperio como cuando

provienen del tiempo estos límites, las doctrinas generales emparejan con las del derecho romano, ora versen sobre la *origo* y el *domicilium*, ora sobre la capacidad en sí ó sobre el derecho privado en cualquiera de sus grandes partes ó divisiones, y sea que las reglas del derecho conciernan á la adquisicion de los derechos ó se refieran á la existencia de los mismos. En suma: lo que es principio fundamental abstracto, y lo que es regla concreta del derecho romano; lo que se deduce de la naturaleza misma de las cosas y lo que tiene su orígen, su fundamento, su razon sistemática en este derecho, todo se encuentra desarrollado en el libro del sábio jurisconsulto, honra y prez de la Alemania moderna.

Pero hay más en el fondo de esta introduccion: hay una verdadera generalizacion de los elementos constitutivos, racional é históricamente, del derecho civil. En el libro de Savigny se resumen los principios fundamentales de este derecho, deducidos de la naturaleza íntima de los fenómenos que forman su contenido; pero destinados á satisfacer las necesidades de la vida práctica, se los hace salir del estado de abstraccion para contemplarlos bajo las fórmulas que les ha dado un pueblo dotado de alto sentido jurídico, y cuya legislacion en sus principales elementos ha sido aceptada por todos los pueblos europeos. La fórmula es la encarnacion del principio, y éste sólo por medio de ella se identifica con la conciencia de los pueblos. La ciencia no puede separarlos, como no se separan en las diversas manifestaciones de nuestra actividad en cuanto forman relaciones necesitadas de una regla de derecho. Esta union, presentada en su carácter científico y sin la pretension de que la fórmula histórica del derecho romano sea la más perfecta, atribuye al libro de Savigny el valor de un bosquejo de filosofía del derecho privado, asi como se lo atribuye la descomposicion, hecha por la análisis, de los elementos esenciales de ese derecho, y la reconstruccion de la unidad del mismo por medio de la union sistemática de tales elementos.

Con efecto: en la que pudiéramos llamar actividad jurídica del hombre, ¿qué es lo que encontramos cons-

tantemente? Capacidad, acto, regla y relacion. ¿Cuál es la concordancia entre estos elementos? La relacion no es jurídica sin un acto que, segun la ley, influya en su estado, ni tiene carácter especial sin una regla de derecho que determine la índole particular de la situacion respectiva de los séres que la forman. Estos séres no pueden vivir en relacion jurídica sin poseer capacidad de derecho, y esta capacidad no sólo es necesaria para formar ó destruir la relacion, sino para el ejercicio de los derechos que nacen de ella. En la relacion jurídica encuentra cada sér la extension ó las restricciones de su libertad, ó sea el derecho subjetivamente considerado; y el estado normal del derecho en sentido objetivo, no es otra cosa que la sumision á las condiciones en que cada sér se encuentra dentro de las respectivas relaciones jurídicas en que es parte. Por manera que la violacion del derecho no es más que la rebeldía contra la regla, ó en otros términos, la negacion de esa sumision.

No es ciertamente errónea concepcion del derecho la de resumirlo en las dos ideas de libertad y ley: sus aspectos subjetivo y objetivo aparecen salientes con estas ideas. Sin embargo, propiamente hablando, la libertad no es el derecho, sino una condicion de él, bien que la primordial, la esencial, la indefectible para su ejercicio: el derecho, subjetivamente considerado, nos aparece como un poder moral para un fin racional. La ley no es tampoco el derecho: éste, en lo más lato de su sentido objetivo, es el organismo de las relaciones jurídicas. Pero comprendido el derecho cual se manifiesta con los cuatro elementos ántes indicados, el poder moral, proveniente de la capacidad y limitado por la regla, se ejerce por medio de los actos que ponen en relacion á un sér con otro sér; y si esta relacion se desenvuelve bajo las condiciones y dentro de los límites de la regla de derecho, el órden jurídico, protejido por la Autoridad, se mantiene en la normalidad de su estado, normalidad que debe ser restablecida por su poder protector cuando la altera la extralimitacion del poder moral del sér jurídico. Y así es como el fin subjetivo y el fin objetivo del derecho se enlazan en su compren-

sion científica y en las realidades de la vida; como el órden jurídico responde á las dos necesidades externas que debe satisfacer, el desenvolvimiento individual y la conservacion social; y como el fin general del derecho, comprendido éste en su unidad, se enlaza con el órden moral, que es la ley de vida de los indivíduos y de los pueblos.

Si el derecho positivo se contempla bajo este aspecto, abárcanse todos sus elementos; aparece con el carácter de sistema su conjunto; concíbese la totalidad de sus partes como un verdadero organismo; y todas las instituciones se enlazan entre sí al igual que se compenetran todas las reglas de derecho para formar la vasta unidad del derecho positivo nacional. Y lo que sucede con el todo obsérvase en cualquiera de las grandes ramas en que se divide, y por lo mismo en la que se apellida derecho civil ó privado. No puede decirse que sea exclusivamente propia de Savigny la idea de que forma un verdadero organismo esta rama del derecho, idea que brota de su misma naturaleza; correspóndele, sin embargo, su presentacion como una necesidad lógica, como un hecho inevitable en la realidad histórica del derecho, como una deduccion científica derivada de la aplicacion de la análisis á los fenómenos jurídicos y á los elementos que los integran, mostrándolos despues con el carácter general que revisten y con los efectos que relativamente á la actividad del indivíduo, en su relacion con el organismo social, producen.

Para el derecho civil tenemos por de grandísimo interés esta manera de considerarlo En el órden científico ha sido mirado á menudo este derecho como de categoría inferior al público: la especulacion filosófica lo ha tratado á veces desdeñosamente, y aun sus mismos cultivadores no han reconocido en él con harta frecuencia si no su valor práctico Savigny enseña á apreciar en el derecho privado, no solo su parte formal, esto es, el conjunto de reglas, sino su parte sustancial, las instituciones jurídicas, cuyo fondo es moral y social á la vez; y en las últimas conduce á conocer las partes que las componen, las reglas de derecho en que se desenvuelven, las condiciones de su vida do accion,

y las influencias que les dan nacimiento, las alteran ó destruyen; todo con lo que tienen de general é independiente de las circunstancias de lugar y de tiempo, y con la traduccion real ó histórica que les dió la legislacion romana. Y presentarlas como organismos distintos que se armonizan en el seno de un organismo general, es dilatar el horizonte científico del derecho privado, y no vacilamos en añadir que es un concepto fecundísimo para la práctica.

Concepto que además trasciende en el terreno meramente especulativo al igual que en el práctico, á hacer sobresalir la parte que corresponde al elemento moral del Derecho, no sólo porque es esencialmente ética su base, si no porque el fin del derecho se armoniza con un fin más general, más trascendental que el señalamiento de la esfera de accion de la voluntad libre del hombre en el seno de la sociedad en que vive. Con efecto el precepto legal no existe únicamente como norma de las acciones humanas para el concierto de todos los intereses y el ordenado movimiento de todas las actividades: cada regla, armonizándose con las demás en el seno de cada institucion; cada institucion jurídica armonizándose con las demás en el todo de cada rama del derecho; las diversas ramas del derecho positivo armonizándose en el conjunto de la legislacion de un pais, elevan á la contemplacion de un principio superior en la vida social en que el concepto del Bien impera con toda su autoridad y se dilata con toda la ilimitacion de su influencia. Concretamente al derecho privado, no son sólo las instituciones de familia las que encierran un elemento natural y moral: la propiedad, la convencion, la sucesion hereditaria lo contienen igualmente, y el mismo *Id quod interest,* sancion tan comun en derecho civil, consecuencia natural en las violaciones de este derecho, es ménos un elemento de carácter económico que de carácter moral para reprimir estas violaciones. La unidad del derecho privado, la unidad de las instituciones que organizan las relaciones del hombre con sus semejantes, así para la reproduccion y la educacion de la especie como para el aprovechamiento de las cosas que Dios ha puesto á nuestro alcance con la con-

ciencia de nuestra superioridad sobre ellas y de su virtud de asimilacion para utilizarlas en la realizacion de nuestro destino, descansa en el concepto del Bien, aspiracion suprema del sér racional y del que el derecho es uno de sus aspectos al par que uno de los grandes elementos de su realizacion. Savigny hace resaltar este elemento con el carácter cristiano que presenta en el derecho privado segun las compilaciones justinianeas y segun las modificaciones que en él se han introducido en tiempos posteriores; y no sólo lo hace para determinar el fin general del derecho, sino para señalar la transformacion necesaria que en este punto han debido tomar en el decurso de los tiempos las instituciones jurídicas del pueblo romano, y el elemento vivaz que conservan y las hace adaptables á las condiciones morales de los pueblos modernos. Porque, en realidad, el Cristianismo que ha venido á transformar la civilizacion antigua bajo tantos y tan diversos aspectos, en el terreno del derecho así público como privado lo ha verificado reemplazando como base de él los intereses políticos ó de la ciudad, á que daban exclusiva preferencia los pueblos antiguos, por los intereses morales, que son los preponderantes en las tendencias de la civilizacion moderna.

Por esto el vínculo que da unidad á las instituciones jurídicas de los pueblos europeos es el espíritu cristiano.

En el terreno práctico del derecho positivo,—y no entendemos limitarlo á las contiendas forenses, necesarias cuando el deber jurídico se desconoce ó se niega, pues en todos los casos y en todas las formas de aplicacion de sus reglas tiene vida práctica el derecho,—el concepto de su unidad es la guía segura de todo razonamiento jurídico, así como la comprension de sus partes sistemáticamente enlazadas es la base firmísima de la solucion de todos los conflictos, tanto en el órden doctrinal como en el de la controversia concreta y necesitada de decision autoritaria. En las primeras páginas de su libro (§ 4.°), lo confirma Savigny cuando, para determinar la naturaleza orgánica de la relacion de derecho, descompone una especie, la de la célebre ley

Frater á fratre (1). Con dicho ejemplo eleva á la evidencia que toda cuestion jurídica necesita, para resolverse, abarcar el conjunto de la relacion de derecho; que esto no puede conseguirse sin descomponer todos sus elementos; y que estos elementos, deducidos de diversas instituciones, forman la combinacion que ha de guiar en su decision á los Tribunales. «La relacion de »derecho, dice, tiene una naturaleza orgánica que se »manifiesta, sea en el conjunto de sus partes constituti»vas que se contrabalancean y limitan recíprocamente, »sea en su orígen, su desarrollo sucesivo y su decreci»miento. Dado un caso particular, la reconstruccion vi»viente del conjunto forma el elemento intelectual de »la práctica, y distingue su noble vocacion, del simple »mecanismo que le atribuye la ignorancia.» De forma, que si la práctica no debe ser empirismo ó rutina, sino aplicacion de los principios; si en las luchas del foro el abogado no debe olvidarse del jurisconsulto, es necesario de todo punto dar por base al conocimiento del precepto legal la filosofía del derecho positivo; ó en otros términos, la ciencia del derecho no debe ser mero conocimiento de una categoría de hechos sometidos al exámen de nuestra inteligencia, sino comprension de los principios que nos suministra la abstracion y que representan la naturaleza del fenómeno y las leyes de su aparicion, sus trasformaciones y su fin. El gran jurisconsulto de quien nos ocupamos, Profesor y Magistrado que fué á un mismo tiempo, cual acontece en Alemania comunmente, da tanta importancia á la union del elemento teórico con el práctico, que á su separacion atribuye principalmente el mal que trabaja al derecho moderno, y para el que únicamente encuentra remedio en el restablecimiento de la unidad natural de estos elementos; y para ello aconseja al hombre práctico, no que escriba libros, sino que manifieste constantemente en sus trabajos el espíritu de la ciencia, sin olvidar jamás que la verdadera consiste en el conjunto de las reglas que examina separadamente con el fin de hacer aplicaciones particulares.

---

(1) La 38.ª, Digesto, De condictione indebiti. (Libro 12, tít. 6).

En otros dias era ménos necesaria quizás la union de estos dos elementos: hoy es indispensable. La aplicacion del texto al caso concreto que se controvierte, tiene tanto de arte como de ciencia; y el arte pudo ser suficiente en la vida del foro cuando en la pugna entre el *summum jus* y la equidad triunfaba siempre el primero. Pero si es innegable que en la conciencia jurídica de nuestro siglo predomina siempre en esta lucha la equidad; si es frecuente la colision entre legislaciones de diversos pueblos, y no hay una comun que regule la manera de resolverla; si las necesidades sociales se anticipan hoy á la obra del legislador, y encuentran, al demandar sus condiciones jurídicas, vacíos en el derecho positivo; es indispensable apelar de contínuo á los principios, á las doctrinas fundamentales, á la descomposicion analítica primero y á la reconstruccion sintética despues, para que la práctica no sea vacilante, y se resuelvan sus dificultades con criterio científico. Pero es indispensable que no sea meramente filosófico este criterio: debe ser jurídico; debe ser, á la vez que general, conforme con el espíritu, la naturaleza, el sistema comun del derecho privado (1).

Esta union de los dos elementos, que la obra de Savigny hace resaltar en su necesidad social, deben igualmente reconocerla como indestructible y tomarla por faro los Poderes públicos cuando legislan y los filósofos cuando meditan sobre el derecho. Obra práctica es dotar de leyes á los pueblos; pero, al dárselas acomodadas á sus necesidades segun los elementos y el estado presente de su civilizacion, deben organizarse ó reformarse las instituciones jurídicas segun su naturaleza propia; y con ser la obra de Savigny la exposicion sistemática de los principios generales del derecho romano actual facilita el trabajo de codificacion en materia de derecho privado en cuanto es expresion de los

---

(1) De grandísima utilidad es en este sentido la obra de Savigny: en el órden de los principios generales del derecho civil difícilmente se encontrará cuestion que no esté profundamente tratada en ella; y en el tomo último se resumen las doctrinas más importantes en materia de derecho internacional privado.

elementos de todas sus instituciones y revelacion del organismo natural de este derecho. Y hemos de repetir aquí lo que dijimos en otra ocasion, con igual amor á la ciencia que ahora: la filosofía del derecho se cultiva á veces con tal abstraccion de las realidades de la vida, que degenera en puro idealismo; y si bien es cierto que no ha de limitarse á deducir del derecho positivo algunos principios de carácter general, como lo ha hecho algun escritor del siglo XVII; no lo es ménos que el conocimiento de este derecho ha de dar á la lucubracion filosófica la tendencia práctica, sin la cual queda en estado de abstraccion sin vida. Con este objeto estudiada la obra de Savigny, conduce á comprender en su union lo general y lo particular, lo absoluto y lo relativo, lo proveniente de nuestra naturaleza mor l y social y lo creado por el génio de la nacionalidad de la antigua Roma, y á conocer los elementos esenciales, los caractéres propios, la especial condicion del derecho privado, considerado científicamente y como una de las grandes ramificaciones del sistema general del derecho.

La ciencia avanza, y no ha podido pronunciar Savigny su última palabra. Nuevas investigaciones en el órden histórico, las aplicaciones cada dia más interesantes de la filologia al exámen de los textos, nuevos puntos de vista en la comprension del derecho romano pueden alterar algunas de las teorias del gran jurisconsulto; su obra, sin embargo, ha de tardar mucho tiempo en envejecer. La ciencia que no consiente exclusivismos ni desdenes, y que por el contrario es siempre agradecida, guardará el nombre de Savigny como uno de los grandes laborantes en la obra de su adelantamiento; y los amantes de la doctrina sólida, del pensar profundo y de la erudicion selecta oportunamente utilizada, tendrán siempre en grande estima un libro cuya aparicion señala un progreso en la historia de las ciencias jurídicas. Tarde ha sido vertido á la lengua castellana, aunque no era desconocido en las escuelas y en el foro: ¡Quiera el cielo que ande desde hoy en ma-

nos de todos y particularmente de la juventud estudiosa; que nutra con sus doctrinas la inteligencia de los hombres que buscan con afan la verdad; y que estimule á oponer á tales doctrinas otras, ó á presentar nuevas teorías de igual solidez, para llevar cada dia á más encumbrada altura nuestra instrucion jurídica, y restituir á su pasado explendor la literatura científica de nuestra Patria!

MANUEL DURAN Y BAS.

PRÓLOGO DEL AUTOR.

Cuando una ciencia como la del derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesion quieta y pacífica goza la generacion de que formamos parte.

Además de las verdades comprobadas, que forman como la base de este patrimonio, tenemos á nuestra disposicion todas las tentativas del espíritu científico, bien ó mal dirigido, cuya experiencia nos señala el camino que es preciso seguir ó el que debemos evitar, pudiendo de esta manera en algun modo, añadir á nuestros esfuerzos el trabajo de los siglos pasados. Ahora bien; renunciar por presuncion ó por pereza á las ventajas de nuestra posicion ó contentarnos con dirigir una mirada superficial á la obra de nuestros antecesores, abandonando al acaso la parte de influencia que deben ejercer sobre nuestro desenvolvimiento, seria repudiar esta rica hérencia, destruir la comunidad de las convicciones científicas y romper la continuidad viva del progreso, sin la cual la comunidad de convicciones degeneraria en verdadero estacionamiento. Es cierto que, á veces, resulta aparentemente rota esta continuidad y disuelta la unidad de las ideas por las disidencias graves que separan á los depositarios de la ciencia, aun dentro de una misma época; disidencias que son todavía más pronunciadas cuando se comparan dos épocas diferentes; mas por eso es necesario que de tiempo en tiempo se concentren bajo un solo punto de vista las tentativas y los resultados individuales que la ciencia

nos ofrece, no con el objeto de aceptar ó de rechazar ciertas doctrinas, sino con el de resolver las oposiciones en el seno de una unidad superior, único camino por el cual marcha la ciencia con más segura planta. Respetar todo lo que nuestros antepasados han hecho de grande, es la disposicion más favorable para esta obra de concentracion; pero á fin de evitar que este respeto nos conduzca á ideas exclusivas y ofusque la libertad de nuestros juicios, debemos volver constantemente los ojos hácia el último fin de la ciencia, considerado el cual, nos aparece imperfecta la más acabada produccion del hombre.

No obstante, si la sabiduría de los siglos pasados ha contribuido á enriquecer la ciencia la posesion misma de estos tesoros nos expone á grandes peligros. En la masa de las ideas, de las reglas y de las expresiones técnicas, que nuestros antepasados nos han trasmitido, existe un fondo considerable de errores, necesariamente mezclado con las verdades adquiridas y sostenido por la autoridad tradicional de un antiguo consentimiento, el cual puede usurpar fácilmente una autoridad injusta; por cuya razon, es provechoso someter de vez en cuando esta masa de ideas á un nuevo exámen, volver á poner en cuestion su verdad, indagar y preguntar por su orígen. Con este objeto, debemos suponernos en presencia de un indivíduo, que ignorase completamente las tradiciones de la ciencia, ó dudara ó desconociera su legitimidad. Y así como anteriormente poniamos por condicion el respeto al pasado, en este punto, la libertad de espíritu, la independencia de toda autoridad, son las disposiciones más favorables para este exámen crítico, el cual, si no ha de degenerar en presuncion, debe medir nuestra propia debilidad y despertar en la conciencia un sentimiento de humildad saludable, único capaz de hacer fecundo el espíritu de independencia.

Estos dos opuestos puntos de vista nos llevan al reconocimiento de una sola y única necesidad para la ciencia: la revision periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica de sus errores, la confirmacion de sus verdades y una nueva toma de posesion, que en la medida de nuestras fuerzas nos haga dar un paso hácia el objeto definitivo. Someter la época actual á la aplicacion de estos procedimientos es el fin de mi obra.

Pero quizá los sucesos acaecidos en nuestros dias en el dominio de la ciencia levanten contra mi empresa una prevencion, que debo desvanecer. Al nombre solo del autor, muchos se verán tentados á poner en duda la generalidad del objeto asignado á la obra; la creerán inspirada, más bien que en el interés puro de la ciencia, en el criterio exclusivo de la escuela histórica y dictada por un espíritu de partido, contra el cual debe ponerse en guardia todo el que no pertenezca á esta direccion.

Ante todo, voy á explicar el significado que tiene la frase «escuela histórica.» Es indudable, que ni una facultad, ni un punto de vista determinado son bastantes para satisfacer las exigencias científicas; antes por el contrario, la ciencia necesita de la accion combinada de muchas facultades y principios diferentes. Ahora bien, para designar una de estas facultades y la direccion científica á que principalmente responde, ha sido empleada por mí y por otros la denominacion de «escuela histórica,» sin ningun otro pensamiento ulterior; y al dirigir la atencion hácia esta faz de la ciencia, no es que desconozcamos ni despreciemos ninguna otra; solamente hemos creido, que por haber sido descuidado principalmente el elemento histórico, pedia ser desde luego rehabilitado y restablecido en sus derechos.

A este nombre de escuela histórica se liga una polémica, larga y animada, que, aún en los últimos tiempos, ha aparecido con formas duras y acres, de tal manera, que la naturaleza del ataque hace inútil y en cierto modo imposible la defensa: porque poniéndose en juego, más bien las repugnancias personales que la ciencia, los adversarios de la escuela histórica han comprendido y condenado bajo este nombre toda produccion literaria que despertaba su susceptibilidad ó contrariaba sus gustos. ¿Qué justificacion oponer á este sistema de crítica? Existe, sin embargo, una censura que á causa de su generalidad merece refutacion. Se ha pretendido que los partidarios de la escuela histórica, desconociendo el espíritn de su siglo, querian sujetarlo al pasado y, sobre todo, fundar la tiranía del derecho romano, en detrimento del derecho germánico y de las instituciones nuevas, que la teoría y la práctica han sustituido á las instituciones romanas. Esta censura tiene un carácter científico y no podria pasarla en silencio.

Pretender, como se ha hecho á menudo, que la ciencia mirada bajo el punto de vista histórico, establece la forma antigua del derecho como tipo absoluto é inmutable para el presente y para el porvenir, es desfigurar completamente este punto de vista, cuyo verdadero sentido nos enseña, por el contrario, á reconocer el mérito y la independencia de cada siglo y trata, sobre todo, de aclarar el lazo vivo que liga el presente con el pasado, bajo el concepto de que, si esta relacion se nos oculta, podriamos ver las manifestaciones exteriores del derecho, pero no penetrar su espíritu. Esta doctrina, en su aplicacion particular al derecho romano, no le reconoce, como á menudo se piensa, una autoridad sin límites, sino que estudia el conjunto del derecho moderno, á fin de descubrir y de fijar todo lo que tiene un orígen romano cierto, para evitar que, inconscientemente, seamos por él dominados; despues, descompone el elemento romano, y si alguna de sus partes, muertas en realidad, no conservan mas que la apariencia de la vida, la elimina, abriendo así un campo más libre al desarrollo y á la accion saludable del elemento existente.

La presente obra, lejos de exagerar la autoridad del derecho romano, rechazará su aplicacion á muchas materias, aplicacion generalmente admitida hasta aquí, aun por los adversarios de la escuela histórica. Y el autor no tiene nada que retractar, porque estos principios son los que profesa desde hace cuarenta años: prueba evidente de que la censura dirigida á la escuela histórica está desprovista de fundamento, sobre todo en lo que á él toca.

Acaso estas consideraciones determinen á los espíritus no prevenidos á concluir las querellas de partidos y á abandonar poco á poco los nombres que las designan. Por otra parte, los motivos que han hecho emplear la frase «escuela histórica,» no subsisten hoy, y el objeto que llevaban parece haberse extinguido. Sin duda, que trayendo á consideracion una polémica de este género ciertos principios, los determina más claramente; pero esta ventaja seria comprada á muy alto precio, si nos impidiera juzgar con imparcialidad los trabajos de nuestros contemporáneos, y si se gastasen en luchas de partido fuerzas, que estarian mejor aplicadas al fin comun de indagar desapasionadamente la verdad. No ignoro que la discusion es una de las condiciones vitales de

la ciencia, y estoy lejos de negar su utilidad: sé que la individualidad de los espíritus y la variedad de sus direcciones crearán siempre bastantes diferencias; que la accion simultánea de tantas fuerzas diversas constituye la vida científica, y que aquellos á quienes se ha debido en parte deberian considerarse como obreros que trabajaban en el mismo edificio; pero si nos dividimos en dos campos enemigos, si repetimos contínuamente las denominaciones que dan á la lucha un carácter enteramente personal, falseamos la verdad de nuestra naturaleza y llegamos á resultados deplorables. El espíritu y las obras de cada cual pierden á nuestros ojos sus rasgos individuales; las aprobamos ó condenamos en masa como miembros de un partido, y la accion que hubiesen ejercido sobre nuestro desenvolvimiento se encuentra detenida en daño propio.

Al mismo tiempo que rechazo como injustificado el cargo que se dirige á la escuela histórica, de conceder al derecho romano una exagerada autoridad, afirmo tambien el principio de que el conocimiento profundo de este derecho es para el estudio del derecho actual de la más alta importancia, y más diré, es una necesidad: el solo hecho de haber emprendido un trabajo tan vasto, manifiesta esta creencia. Síguese ahora tratar de sus motivos y de su alcance.

En este punto se cree por unos, que, en los países donde está en vigor el derecho romano, su estudio detenido es indispensable para el jurisconsulto; pero que en los países regidos por los códigos modernos, no existe tal necesidad, notándose que el estado del derecho es mucho más próspero, porque el jurisconsulto puede reservar su tiempo y sus fuerzas para las materias de más vivo interés. Si fuera así, el conocimiento del derecho romano, aún en los países mismos en que reina, tendria un valor muy precario, puesto que el legislador podria siempre fundar un estado de derecho más próspero adoptando uno de los códigos modernos ó haciendo uno nuevo. Créese por otros, que el mérito y verdadera utilidad del derecho romano consiste en una comparacion que se estableciera entre este derecho y el moderno, para lo cual, pretenden que debe reasumirse todo el derecho romano en un cierto número de axiomas prácticos y ponerlos despues en paralelo con los axiomas del mismo género formulados en la Edad Media ó en los tiempos modernos, de

cuyo paralelo habia de resultar siempre la inmensa superioridad de los romanos. Claramente se verá leyendo esta obra que no entiendo de igual manera el mérito del derecho romano; y, por lo demás, salvo un pequeño número de casos excepcionales, tampoco ofreceria esta comparacion asunto alguno importante; pues un libro hecho bajo este punto de vista únicamente nos recordaria la cuestion que formulan los niños cuando se les cuenta alguna historia de guerra: ¿cuáles son los buenos? ¿cuáles son los malos?

Tomando por objeto el derecho, la actividad humana es susceptible de dos direcciones. Puede ocuparse del conjunto del sistema científico, lo cual comprende la ciencia, los libros, la enseñanza, ó hacer la aplicacion particular de las reglas á los acontecimientos de la vida real; la distincion de estos dos elementos, el uno teórico, práctico el otro, está, pues, fundada en la naturaleza misma del derecho. El desenvolvimiento de la civilizacion moderna ha separado estas dos direcciones y asignado la úna ó la otra á ciertas clases de la sociedad: así, todos los que se ocupan del derecho, salvo algunas excepciones, hacen de la teoría ó de la práctica su vocacion especial, si no es su vocacion exclusiva. Este hecho, considerado en sí mismo, no merece alabanza ni vituperio, porque resulta del curso natural de las cosas, no de una voluntad arbitraria; pero la division, buena y legítima en su principio, podria degenerar en aislamiento funesto, y esto es lo que importa distinguir con toda claridad. La division es buena, si no se pierde de vista la unidad primitiva, si el teórico conserva y cultiva la inteligencia de la práctica y el prático la inteligencia de la teoría. Allí donde esta armonía se destruye, allí donde la separacion de la teoría y de la práctica es una separacion absoluta, la teoría corre el gran riesgo de convertirse en vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico.

Al decir que el teórico debe cultivar el elemento práctico, me refiero á la inteligencia de este elemento, no á su aplicacion real, aunque una aplicacion práctica bien dirigida sea de ordinario el camino más seguro para conocer su espíritu. Los entusiastas de la ciencia encuentran algunas veces en el estudio de un asunto particular la mejor de las enseñanzas y alcanzan una vivacidad de intuicion que no habrian podido darles los libros ni sus propias reflexiones.

Este género de instruccion, suministrado por el azar, podemos nosotros indagarlo voluntariamente y aplicarlo á todas las materias del derecho. El teórico más perfecto seria el que, para vivificar su teoría, tuviese una experiencia completa de la vida real y abrazase con una mirada toda la combinacion de relaciones entre las costumbres, la religion, la política y la economía política. ¿Tendré yo necesidad de decir que no exijo de ninguna manera la reunion de tantas cualidades? Aquel que, para juzgar á los demás tomase este tipo de perfeccion, deberia reconocer, ante todo, cuán distante se encuentra de él. Sin embargo, este ideal debe permanecer delante de nuestros ojos como objeto final que la humanidad ha de proponerse, como guía de nuestros esfuerzos y un preservativo contra las ilusiones de que tanto trabajo cuesta desprenderse al amor propio.

Si comparamos ahora la teoría actual del derecho con lo que era hace un siglo y tambien hace 50 años, encontraremos mezclados en cada una el bien y el mal. Nadie desconocerá que no se tenia entonces idea alguna de los resultados que se han obtenido despues, ó que han llegado á ser posibles, y es evidente además, que la masa de conocimientos adquiridos se ha aumentado de una manera considerable. Pero si se considera el conocimiento de la práctica, que debe vivificar la ciencia de los teóricos, la comparacion no resulta en ventaja nuestra; y esta inferioridad nace de la direccion misma dada á los trabajos teóricos. Nada más digno, sin duda, de alabanza, que desear enriquecer la ciencia con nuevos descubrimientos; pero esta aspiracion ha trazado en nuestros dias una tendencia exclusiva y perjudicial. Así, la importancia exagerada que se concede á los puntos de vista nuevos, hace olvidar el espíritu de organizacion que se complace en poner en su verdadero punto los antiguos materiales, cuya tarea tiene tambien su originalidad y es para la ciencia instrumento de progresos ménos brillantes, pero no ménos reales; y como un gran desenvolvimiento de la fuerza creadora es patrimonio de muy pocos, este amor exclusivo de novedad ha conducido á más de un autor á encerrarse en un estrecho círculo de ideas y de doctrinas, impidiéndole esta preocupacion la vista de la ciencia en su conjunto. En esto nos eran muy superiores nuestros antepasados, porque los hombres capaces de representar el espíritu gene-

ral de la ciencia, eran ménos raros en su tiempo que en el nuestro. Mas si se mira el asunto desde más alto nos convenceremos fácilmente de que tal fenómeno no es privativo del derecho, sino que se encuentra en todas las ciencias y nace de la disposicion general de los espíritus.

He dicho que el práctico ha de poseer el elemento teórico, no en el sentido de que deba componer obras ni hacer un estudio profundo de los libros, pues la multiplicidad de los quehaceres de su profesion se lo impediria, sino que manifieste constantemente en sus trabajos el espíritu de la ciencia, no olvidando nunca que esta es el conjunto de las reglas, que él considera separadamente, al respecto de sus aplicaciones particulares. Cuando se trata de apreciar el mérito de un práctico, las solas cualidades que se tienen en cuenta son la prontitud y la facilidad del trabajo, cualidades estimables, sin duda, pero que pueden muy bien acompañarse de la más culpable ligereza; y, sin embargo, si consideramos los resultados generales de la práctica moderna, encontramos á menudo la ausencia de todo espíritu científico. Y téngase en cuenta que allí donde renaciera este espíritu, la práctica afirmaria la marcha del derecho, vendria en ayuda de la teoría, reprimiendo sus extravíos, prepararia, sobre todo, el camino al legislador, de manera que la ley y su aplicacion, estrechamente ligadas, siguieran la misma carrera de progreso. ¿Todo esto, no es precisamente lo contrario de lo que vemos?

Siendo la separacion, cada dia más pronunciada entre la teoría y la práctica, el mal que principalmente trabaja al derecho actual, solo puede encontrarse el remedio en el restablecimiento de su unidad propia. Ahora bien, el derecho romano, sanamente interpretado puede servirnos, á este propósito, de un gran auxilio. Entre los jurisconsultos romanos la unidad nos aparece en su pureza primitiva y en su realizacion viva, que es el carácter del tiempo en que ellos pensaban, de la misma manera que hoy la destruccion de la unidad no es la obra de los individuos, sino el curso general de las cosas; y sí, por un estudio serio y natural, sabemos transportarnos á un punto de vista tan diferente del nuestro, podremos apropiarnos el espíritn de estos jurisconsultos y entrar así en el buen camino.

Pero como hay diversas maneras de estudiar el derecho

romano, importa determinar la que conduce al fin propuesto: debe comprenderse que me refiero á un estudio profundo segun un método verdaderamente científico. Muchos, sin embargo, abandonarian el propósito de emprenderlo si creyesen que abrazaba la totalidad de las investigaciones sobre la antigüedad y la crítica completa de las fuentes; pero reconociendo la importancia de esta parte de la ciencia no debe abandonarse el saludable principio de la division del trabajo, y los más podrán contentarse con los resultados obtenidos por los autores que han tratado especialmente estas materias. Y adviértase que se engañaria completamente quien, para el objeto que yo me propongo, pensara sacar la menor utilidad de los principios generales del derecho romano, tales como los enseñan los compendios de Institutos ó los cursos de las escuelas de derecho en Francia, porque estos conocimientos elementales solo sirven para conservar para mejores tiempos la letra del derecho romano; y respecto al que con ellos se contenta, apenas valen el poco esfuerzo que les ha costado adquirirlos. El solo medio apropiado al fin que nos proponemos, es la meditacion y la lectura de los mismos escritos de los antiguos jurisconsultos. En su vista, no nos espanta la inmensidad de la literatura moderna: una enseñanza bien dirigida, nos indicará lo poco que nos es necesario de ella como preparacion á este estudio directo de las fuentes y abandonaremos lo restante á los teóricos de profesion, que no podrán rehusar esta laboriosa tarea.

El objeto especial de mi obra es el de encaminar hácia el estudio serio del derecho romano, disminuir las dificultades, y apartar los obstáculos que estorban á los prácticos el acceso á las fuentes. Las doctrinas contenidas en los libros elementales modernos, de los que tienen necesidad de servirse los prácticos, ejercen sobre ellos una autoridad ilegítima; y si la ejecucion de esta obra responde al pensamiento de su autor, la práctica, emancipada ya, cesará de hallarse sujeta por una falsa teoría.

Estas ideas encontrarán, sin duda, su aplicacion inmediata en los países en que el derecho romano forma la base de la práctica, pero no dejarán de tenerla tambien en aquellos en donde los códigos han reemplazado al derecho romano. Para los unos como para los otros, el estado del derecho es en el fondo el mismo; el mal y el remedio difieren ménos

de lo que pudiera creerse. Así pues, allí en donde existe una legislacion nacional, el derecho romano, estudiado con el espíritu que indico, vivificará la teoría, la desembarazará de los errores subjetivos y arbitrarios y, sobre todo, la relacionará con la práctica, que es lo más esencial. Verdaderamente esta regeneracion de la ciencia es aquí más difícil que en los países del derecho comun, pero no es de ninguna manera imposible. Citaré como ejemplo á los jurisconsultos franceses, que se sirven á menudo del derecho romano, con habilidad suma, para esclarecer y completar el Código civil. Entonces obran conforme al verdadero espíritu de este Código; y cuando lo tergiversan, no es á causa de un empleo poco juicioso del derecho romano, sino de un conocimiento imperfecto de este derecho. Inferiores, evidentemente, á nosotros para este conocimiento, pueden ellos servirnos de modelo en el arte de aplicarlo al derecho moderno.

Es verdad que el uso del derecho romano encuentra dificultades particulares en Prusia. La forma didáctica del Código y la prolijidad de sus disposiciones, oscurecen á menudo la relacion íntima que existe entre el antiguo y el nuevo derecho; pero estos obstáculos no son invencibles, y si el uso del derecho romano estuviese rehabilitado entre nosotros, se repararia el mayor mal que produce el nuevo Código, á saber: la separacion absoluta, que aisla la práctica de las teorías cientificas del derecho comun, privándolo de una fuente fecunda de progreso: el comercio de pensamientos con los jurisconsultos de los tiempos anteriores y de las naciones extranjeras. Ya sé que en la época en que fué redactado el Código prusiano, la ciencia del derecho en Alemania estaba en gran decadencia y no podria tener sobre la práctica una influencia bienhechora. El estado deplorable de la ciencia fué lo que determinó al legislador á romper con ella y á renovar por medio de un Código nacional, la base de la práctica. Hoy, en que el estado de las cosas ha cambiado completamente, si llegamos á renovar nuestras comunicaciones con la ciencia del derecho comun, ganaria notablemente la práctica y no se presentarian los inconvenientes de otras veces.

Acaso creerán muchos, que continuar tomando el derecho romano como medio de perfeccionar nuestra jurisprudencia, es prescindir del espíritu del siglo y de la nacion; que siguiendo semejante camino no podemos hacer más que imi-

tar imperfectamente, ó, más bien reproducir, la obra de los romanos, y que seria más noble empresa proclamarse independientes y reservar nuestros esfuerzos para una obra original. Hago justicia á la generosidad de este sentimiento; pero en la cuestion presente lo estimo muy mal consejero. La multiplicidad de materiales acumulados por tantos siglos hacen nuestra tarea bastante más penosa que la de los romanos y coloca nuestro fin mucho más alto; y si nos fuere dado alcanzarlo, no solamente igualariamos en mérito á los romanos, sino que nuestra obra seria mucho más grande. Finalmente, si sabemos manejar los materiales del derecho con la habilidad y poder que admiramos en los romanos, podremos cesar de tomarlos como modelos, dejando al historiador el cuidado de celebrar su gloria. Sin embargo, un orgullo mal entendido, ó el interés de nuestra comodidad, no deben hacernos desatender un socorro, que no podria suplir toda la energía de nuestros esfuerzos. Nuestra posicion con respecto á la antigüedad nada tiene de extraordinaria: es la misma que la de otro órden cualquiera del dominio de la inteligencia. No se crea que recomiendo el derecho romano con perjuicio del germánico, cuyo detenido estudio ofrece ya tan brillantes esperanzas. Adviértase que un amor exclusivo por el objeto de nuestras indagaciones nos lleva á menudo á despreciar las de nuestros vecinos; pero la injusticia de este error debe perjudicar al agresor que lo comete, y no al que lo rechaza y trata de defenderse de él.

Por el plan que he trazado, se verá que mi obra tiene un carácter crítico. Podrá esto disgustar á los lectores que deseen afirmaciones positivas sin preocuparse de su procedencia, ni inquietarse por sus diferentes aspectos. Fácil y cómoda seria la vida científica si pudiésemos abandonarnos con plena confianza á la accion de la verdad pura y marchar así, sin obstáculos, de descubrimiento en descubrimiento; pero tenemos necesidad de abrirnos camino á través de los errores y verdades incompletas que por todas partes nos asedian. ¿Pretenderemos luchar contra el destino, que nos impone este penoso trabajo? A una necesidad de nuestra naturaleza no podemos oponer más que la resignacion.

Pero este trabajo á que nos condena la condicion humana, lleva en sí su recompensa y sus frutos: desenvuelve las fuerzas de la inteligencia y cada verdad penosamente adquirida,

luchando contra el error, nos pertenece mejor y llega á ser más fecunda que si la hubiéramos adquirido pasivamente y sin esfuerzo.

El carácter crítico de esta obra se muestra bajo muchas fases. Lo manifiestan, en primer lugar, las indagaciones cuyo resultado es puramente negativo; como, por ejemplo, cuando demuestro que una institucion de derecho romano es hoy institucion muerta y extraña al derecho actual, ó cuando señalo las ideas falsas ó doctrinas vacías, que los autores modernos han introducido en la ciencia, por no haber penetrado en su espíritu.

Tales son, precisamente, las investigaciones que muchos lectores soportan con más impaciencia; pero el que desembaraza el camino y lo fija, presta un importante servicio á los que vienen despues de él, aunque el hábito de gozar estas ventajas pueda hacer olvidar alguna vez que hubo un tiempo en que el camino era mucho más difícil.

Aparte de estos resultados puramente negativos, muéstrase tambien de otra manera su carácter crítico, en cuanto, para establecer una verdad positiva, no basta negar en términos absolutos el error, sino que, ante todo, importa determinar el grado de nuestra conviccion. En efecto, de diferentes modos puede combatirse y rechazarse una creencia: frecuentemente el sentimiento de una completa certidumbre acompaña á nuestra conviccion, puesto que vemos la causa del error como un defecto de lógica, de la ignorancia de un hecho ó de un método vicioso; entonces, declaramos cientificamente inadmisible la opinion de nuestro adversario, lo cual implica una censura absoluta y formal: otras veces, despues de haber examinado maduramente todas las opiniones, adoptamos una de ellas, sin condenar las otras decididamente; nos reducimos entonces á contentarnos con una verosimilitud, la cual admite muchos grados y cuya apreciacion leal y justa interesa tanto á la exactitud como á la moralidad de nuestros trabajos (1).

---

(1) *Lebensnachrichten über*, (Noticias biográficas sobre) B. C. Niebuhr, tomo II, pág. 208: «Es preciso, ante todo, conservar en el estudio »de la ciencia, una veracidad inalterable; huir completamente de todo »lo que pudiera parecer alusion á otros, no dar nunca como cierto el

Importa, en muchas materias controvertidas, precisar rigurosamente los puntos debatidos, determinar el valor de la controversia y su grado de importancia para la ciencia, pues el calor de la discusion y el sentimiento de personalidad que despierta, nos expondrian á inducir á los otros al error. Por último, cuando combatimos una doctrina, debemos apreciar cuidadosamente lo que yo llamaria su verdad relativa A menudo una opinion que rechazamos como falsa, encierra un elemento verdadero; pero que mal aplicado, ó considerado bajo un solo aspecto, se ha convertido en una causa de error; tales son los casos en que se transforma la regla general en regla concreta, ó la regla concreta en regla general. La apreciacion de este elemento de verdad tiene para la ciencia un gran interés, sirve para reducir un adversario leal y de buena fé, y termina la controversia de una manera definitiva y satisfactoria, resolviendo el antagonismo en una verdad más alta.

Conforme al objeto que me propongo, he adoptado la forma del tratado; pero como todo el mundo no está de acuerdo sobre la naturaleza de las condiciones, que debe reunir un tratado general sistemático, debo entrar aquí en algunos detalles. En mi entender, la condicion esencial de una obra de su clase, es la de penetrar y poner en claro el lazo íntimo, las afinidades que existen entre todas las nociones de derecho, constituyendo su unidad. Ahora bien: estas afinidades se encuentran á menudo ocultas, y nosotros tenemos interés en descubrirlas; además, son muy numerosas, y mientras más podamos seguirlas y observarlas en sus fases diferentes, podremos llegar mejor á su inteligencia. Ciertas afinidades, por último, no tienen más que apariencia de realidad, y el propósito es entónces destruir esta falsa apariencia.

El órden seguido en la disposicion de las materias está, sin duda, determinado por ese lazo íntimo, cuya imágen debe aquél reflejar. Suele éste ser el único punto que se dis-

---

»más pequeño detalle sin tener la conviccion profunda de su certidum»bre, y, si proponemos una conjetura, emplear todos los medios para »fijar su grado de verosimilitud.» Niebuhr habla aquí de la filología, pero muchos pasajes de su notable carta, son perfectamente aplicables á todas las ciencias.

cute cuando se habla de la composicion de un tratado; procuraré señalar algunos errores contra los cuales es preciso ponerse en guardia. En la riqueza de la realidad viva, todas las relaciones de derecho forman un solo cuerpo orgánico; pero si nosotros queremos estudiarlas ó enseñarlas á otro, estamos obligados á descomponer este cuerpo y á examinar sucesivamente sus diversas partes. Ahora bien; la afinidad que juzgamos dominante, determina el órden que ha de seguirse en esta descomposicion; pero las otras afinidades secundarias, aunque no ménos reales, sólo más tarde pueden ser indicadas. Una cierta tolerancia llega entónces á ser necesaria: es preciso que el autor pueda consultar la propia é individual direccion de su espíritu y adoptar el órden que le permita hacer la exposicion más clara y fecunda en resultados.

Quieren muchos que un tratado sometido á un método riguroso marche de consecuencia en consecuencia, sin contener nada que no se explique por lo que precede. Yo me expongo á su condenacion, porque pienso que el principio no es de ninguna manera aplicable á una obra como la mia. Este principio implica necesariamente, que el lector ignora del todo la materia y que la estudia por primera vez; por eso es muy apropiado para la enseñanza elemental. Muy raro será que se trate de comenzar el estudio del derecho por una obra tan detallada como la mia. Aquellos á quienes la cátedra ó la lectura de los autores han iniciado en la ciencia del derecho, se servirán de una obra de este género para comprobar sus conocimientos, rectificarlos, extenderlos y profundizarlos, y se debe suponer que estos lectores tendrán presente en su espíritu las nociones que poseen sobre una materia, cualquiera que sea el lugar que ocupe en el tratado. No emplear este método seria renunciar á hacer resaltar las afinidades del derecho más importantes y fecundas, ó, colocándolas en lugar desfavorable, hacerlas ménos notables é instructivas. Si el órden que adopto esclarece cada materia presentándola con todo su relieve, no tengo necesidad de otra justificacion. Aquellos á quienes no convenzan estas razones, deben recordar que los autores de monografías especiales suponen una multitud de cosas que no dicen sus libros: ¿por qué, pues, negar el mismo privilegio al autor de un tratado general?

Previendo una crítica que pudiera hacérseme, puesto que he citado las monografías, composiciones muy importantes, por medio de las cuales se realizan hoy los progresos de la ciencia, no debo olvidarme de notar un error, bastante comun, respecto á las relaciones de estas composiciones especiales con los tratados generales.

Suele considerarse la monografía como un capítulo de un tratado general, desligado por casualidad y publicado separadamente, bajo cuyo punto de vista parece que es suficiente reunir un cierto número de buenas monografías, para tener un buen tratado general sobre el conjunto del derecho. Pero el autor de una monografía estudia un asunto especial y, desde este punto de vista arbitrariamente escogido, examina sus afinidades con las otras partes del derecho; y seguramente que la eleccion y disposicion de los materiales serian del todo diferentes, si hubiese mirado el mismo asunto como parte integrante del todo. He creido necesarias estas reflexiones para explicar y justificar de antemano las diferencias que se notáran entre mi tratado de la posesion y el capítulo de esta obra consagrado á la misma materia.

He unido á mi tratado, bajo el nombre de apéndices, diversas investigaciones separadas. Varios motivos me han determinado á ello: á veces, una cuestion particular exige de si tan gran desenvolvimiento, que no guardaria proporcion con el conjunto del tratado y turbaria el órden artístico que debe ofrecer. A veces, tambien, un punto toca á tantas materias diferentes, que para tratarlo completamente es preciso considerarlo aparte, como por ejemplo, el apéndice sobre el error (VIII). Por último, las investigaciones puramente históricas, exceden del plan de mi obra; pero, en ocasiones, una institucion de la antigüedad se liga tan estrechamente á una institucion del derecho romano actual, que no podria esclarecerse por completo la una sin dar á conocer tambien especialmente la otra; en estos casos, trato la cuestion histórica en un apéndice. La determinacion de las materias que hubieran de ser objeto de apéndices, no puede ser precisada con rigurosa exactitud: y acaso más de un lector hubiera querido ver ciertos asuntos relegados al apéndice, é insertados otros en el texto. Pero es esta una cuestion, en la que puede sin inconveniente dejarse algo al libre arbitrio del que escribe.

Antes, los autores, trataban todas las materias del derecho,

siguiendo un método uniforme. De esta manera tenian la costumbre, despues de haber definido una institucion, de ocuparse de todas las subdivisiones que podian hacerse del asunto. Varios escritores modernos rechazan este método como pedantesco é inútil, y no admiten division alguna, como si se expusiera solamente una regla particular de derecho. No puedo aprobar, exclusivamente, ni á los unos ni á los otros: todo principio de uniformidad exterior me parece censurable. Los dos métodos son buenos, cuando de ellos resulta la inteligencia clara y profunda del asunto y el autor debe, segun los casos, escoger el que mejor responda á este fin. Si, por consiguiente, el sentido de una institucion presenta contrastes que se refieren á su esencia, convendrá, despues de haber definido la institucion, hacer tantas divisiones formales cuantos sean equellos.

Pondré el mayor cuidado en precisar rigurosamente en mi obra el lenguaje auténtico de las fuentes: esto pide una apología, porque muchos piensan que se exagera hoy la importancia de este asunto. Y sin embargo, dicha importancia es verdadera, pues entre la fraseología viciosa y el pensamiento erróneo ó el falso razonamiento, existe una dañosa reciprocidad de accion. Pero, despues de haber señalado el vicio de la fraseología y haber destruido esta causa de error, es preciso inventar expresiones técnicas nuevas, cuando es insuficiente el lenguaje de las fuentes. Reconozco, por lo demás, que el purismo ha sido llevado demasiado lejos, debiéndose solamente evitar siempre los términos inexactos que inducen á falsas ideas, cuyo peligro he mostrado.

Aunque he consagrado un capítulo (§ 32—51) á explicar el uso que haré de las fuentes, no estarán aquí fuera de lugar algunas reflexiones generales. Suele censurarse á los jurisconsultos el lujo de sus citas; se les ha ridiculizado por invocar tantos textos, cuando se les creeria sin esfuerzo alguno bajo su palabra. Mas la crítica podria, acaso, ser fundada, si las citas no se hiciesen sino en apoyo de doctrinas contra las cuales no se suscitaran dudas ni objeciones; pero deben ser miradas bajo otro aspecto muy diferente. Si se admite conmigo que el estudio bien dirigido de los antiguos jurisconsultos es propio para enriquecer y vivificar la ciencia del jurisconsulto moderno, resultará que ofreciendo este estudio, completamente irreemplazable, dificultades particu-

lares, deben acogerse favorablemente las indicaciones que traten de facilitarle. Ahora bien, como mi obra no tiene otro objeto, la cita de los textos no se hace únicamente para justificar los principios que expongo, sino que estos principios deben servir de comentario y de guía para el estudio de los textos mismos, cuyo sentido, en virtud de esta eleccion y de su órden en relacion con el tratado, aparecerá muy claro y serán más accesibles. Acontece á menudo, que dos personas igualmente inteligentes, emprenden un estudio con los mismos materiales y obtienen resultados diametralmente opuestos; lo cual sucede á consecuencia de la eleccion de los textos que se toman como punto central de la indagacion, y á los que se subordinan todos los demás. En este punto, difícilmente podrian establecerse reglas: estudiando los grandes modelos y ejercitándose por sí mismo, es como se adquiere el tacto necesario para no extraviarse.

Otros, por el contrario, habrian deseado mayor número de citas del que doy en la obra, y verán defraudadas sus esperanzas. Pero yo me he limitado voluntariamente á aquellas que, bajo algun aspecto, entran en el fin de mi libro. No me he propuesto dar la lista completa de los escritos producidos sobre cada materia, sin exceptuar los más medianos, porque en este caso el lector me hubiera tomado á mal el haberlo llevado á un estudio infructuoso. Si hubiere yo emprendido más jóven la obra que comienzo hoy, habria dado más extension al uso de la literatura del derecho. Se compone esta de dos grandes masas de obras cuyo peso seria difícil sostener, pero que nos aprovecharian en gran manera: una comprende la exégesis, desde los glosadores en adelante, seguida con preferencia por la antigua escuela francesa; abraza la otra la práctica, es decir, las consultas, respuestas, etc., igualmente partiendo desde los glosadores. Para hacer servir estos materiales al edificio de un tratado general como el mio, seria necesario leer todas las obras bajo el punto de vista del tratado, quiero decir, tomándolas como término de comparacion, con el fin de rectificarlo y de completarlo; trabajo de gran utilidad para los detalles, pero que no trascenderia al conjunto ni á las doctrinas fundamentales; mas habiendo empezado un libro al declinar mi vida seria insensato formar semejante proyecto. Si alguno creyese aquel una obra durable, aumentaria considerablemente

su valor, añadiéndole estos complementos literarios. No seria esta empresa aventurada, porque podria ejecutarse progresivamente, escogiendo, por ejemplo, los autores de una época ó alguno entre ellos, á fin de estudiarlos con este objeto. Se echará de ménos el no encontrar, como introduccion á este tratado, una indicacion general de los libros más útiles y recomendables para el estudio del derecho moderno. Pero esta necesidad, cuya importancia reconozco, me pareceria mejor satisfacerla por medio de bibliografías separadas, de la misma manera, que los detalles históricos sobre el conjunto de fuentes, sus manuscritos y sus ediciones, están mejor colocados en una historia del derecho, que en la introduccion de un tratado general en donde su exposicion completa apareceria inmotivada.

Los materiales de este tratado, reunidos sucesivamente, han servido para los cursos de derecho romano, que el autor explica desde principios del siglo; pero la forma en que aquí se presentan, es un trabajo enteramente nuevo, del cual, los cursos son un simple bosquejo. El profesor, al hablar á sus discípulos, les expone una materia enteramente nueva y extraña para ellos; debe acomodar su enseñanza á los conocimientos y al desarrollo intelectual de la mayoría de su auditorio: el escritor, por el contrario, trabaja para lectores iniciados en la ciencia, los supone al nivel de su actual estado y tal es su punto de partida para pasar con ellos revista al conjunto de sus nociones científicas, comprobarlas, rectificarlas y extenderlas. Ambas clases de trabajo, á pesar de la incontestable diferencia de sus caractéres, tienen, sin embargo, puntos de contacto naturales y legítimos: así, el escritor, por la manera de tratar un asunto, entra, sin que se aperciba, en las primeras nociones de la ciencia, haciéndolas pasar todas ante los ojos del lector. Este método es bueno para esclarecer ideas y principios que han sido arbitrariamente desfigurados, en cuyo caso, el autor, si ha ejercido la profesion de la enseñanza, sentirá inclinacion y facilidad para exponer como profesor las materias de que trata.

He concebido el plan de esta obra en la primavera de 1835; la he emprendido en el otoño del mismo año; y cuando comencé la impresion, tenia terminados los cuatro capítulos del libro primero y los tres del segundo.

En el momento de publicar este libro, no puedo prescin-

-lir de echar una ojeada sobre el destino que le espera. Como toda obra humana, tendrá sus buenos y sus malos dias. Más de un crítico me reprochará sus defectos; pero nadie los conoce mejor que yo, ni los siente más vivamente. Apenas he acabado una parte, cuando descubro puntos en que hubiera deseado más vida y más profundidad. La conciencia de estas imperfecciones, ¿me quitará el valor de continuar esta vasta empresa? Una reflexion debe consolarnos del sentimiento de nuestra debilidad: no le es dado al hombre conocer ni mostrar la verdad en toda su pureza: es servir su causa, preparar el camino, esclarecer los puntos esenciales, señalar las condiciones absolutas de su triunfo y hacer accesible á nuestros sucesores el fin que no hemos podido alcanzar. De esta suerte, tengo la conciencia de haber depositado en mi libro gérmenes fecundos de verdad, que harán otros fructificar un dia; y poco importa que la riqueza de este desenvolvimiento oscurezca y haga olvidar tan humilde principio. La obra individual del hombre es, como este mismo, perecedera, bajo su apariencia visible; pero el pensamiento no perecerá nunca: trasmitido de generacion en generacion, reune á los servidores de la ciencia en una vasta comunidad donde la parte más pequeña de un indivíduo encuentra una duracion inmortal.

Setiembre, 1839.

TRATADO DE DERECHO ROMANO.

LIBRO PRIMERO.

FUENTES DEL DERECHO ROMANO ACTUAL

CAPÍTULO PRIMERO.

OBJETO DE LA PRESENTE OBRA.

§ I.—*Derecho romano actual.*

La parte de la ciencia tratada en esta obra, es el derecho romano actual. Procuraré determinar lo que este título contiene.

1.° Esta obra tiene por objeto el derecho *romano*; deberá, pues, limitarse á las materias del derecho, que proceden de un orígen romano y á seguirlas en sus desenvolvimientos sucesivos, cualesquiera que sean la naturaleza y el orígen de estos, pero las materias de orígen germánico se encuentran naturalmente excluidas de ella.

2.° El derecho romano *actual*. Así, pues, no se consignarán, ni la historia del derecho propiamente dicho, ni las partes del antiguo derecho extrañas á la legislacion justiniánea, puesto que bajo esta última forma hemos recibido nosotros

el derecho romano, ni las partes de dicha legislacion extrañas al derecho moderno.

3.° El derecho *privado*, y no el derecho público, esto es, el derecho que los romanos llaman algunas veces *jus civile* y que, en tiempo de la república, constituia el estudio exclusivo del jurisconsulto, *jurisprudentia* (*a*). Esta limitacion se comprende en las dos que la preceden, pues el derecho privado de los romanos es el que únicamente forma parte del derecho moderno. Sin duda, no nos es completamente extraño su derecho criminal, pero nosotros no hemos tomado de él más que un pequeño número de principios de una importancia secundaria.

4.° Finalmente, la expòsicion sistemática del derecho mismo, con exclusion del procedimiento ó de las formas asignadas á la reclamacion de los derechos: esto es lo que algunos llaman el derecho privado *material*. En efecto, formado nuestro procedimiento de una mezcla de elementos históricamente diversos, se ha desenvuelto de una manera tan especial, que pide ser tratado separadamente, mientras que los jurisconsultos romanos miraban la reunion del procedimiento y del derecho, no solamente como posible, sino tambien como necesaria. Su division, cuyo principio es incontestable, ofrece á menudo incertidumbre en su práctica, pues, en efecto, la misma materia puede algunas veces pertenecer al uno ó al otro dominio. Así, los juicios, por sus formas y sus condiciones, entraban en el procedimiento; pero, una vez terminados, producian como consecuencia: 1.° la *actio* y la *exceptio*, derivadas de la *res judicata*; 2.° la ejecucion. Ahora bien; la una forma parte del derecho mismo, la otra del procedimiento. Resumiendo todo lo que acabo de decir, se vé que el derecho romano, así entendido, esto es, el que constituye el derecho comun de una gran parte de Europa, es el objeto de la presente obra.

(*a*) Dice bien Ciceron, cuando afirma que él no es jurisconsulto; pero que estaba lejos de pensar que él ó cualquiera otro hombre de Estado conociese más imperfectamente que un jurisconsulto la Constitucion política, el *jus sacrum*, etc. Ulpiano da, verdaderamente, mucha más extension á la jurisprudencia (L. 10, § 2, D. de J. et J.), y no se debe censurar su definicion ó acusarlo de haber exagerado la importancia de su ciencia, porque él no hace más que expresar el cambio ocasionado por el tiempo en la posicion de los jurisconsultos y de los hombres de Estado.

§ II.—*Derecho comun de Alemania.*

El derecho romano actual, ya definido (§ I), tiene una gran analogía con el derecho comun aleman. Este derecho se refiere á la constitucion política de la Alemania, cuyas diversas partes estaban reunidas bajo la dominacion imperial, y cada Estado obedecia á un poder doble, bajo cuya influencia se desenvolvia un doble derecho positivo; el derecho territorial y el *derecho comun*. Muchos autores han pretendido, que despues de la disolucion del imperio, el derecho comun habia desaparecido con la autoridad que le servia de base; pero esta opinion, que es consecuencia de ideas erróneas sobre la naturaleza del derecho positivo, no ha tenido la menor influencia en la práctica (*a*).

Dicho derecho comun no es otra cosa, que el derecho romano actual considerado en su aplicacion particular en Alemania, es decir, con las modificaciones que ha experimentado; modificaciones, que, contenidas todas ellas en las leyes del imperio, son de poca importancia, pues, las grandes desviaciones del antiguo derecho romano, por ejemplo, la autoridad reconocida á todos los contratos independientemente de la *stipulatio*, los efectos atribuidos á la *bona fides*, etc., nada tienen de especial en el imperio de Alemania, y han sido generalmente adoptadas á medida que el derecho romano se ha propagado en Europa. Así, pues, esta obra, que trata del derecho romano actual, podria, con algunas adiciones, ofrecerse como el derecho comun de Alemania.

§ III.—*Límites de mi propósito.*

Estableciendo los límites de mi propósito, me prohibo tratar todo lo que le sea extraño. Aquí se me presentan dos esco-

---

(*a*) Parten del principio erróneo de que cuando sucumbe un poder político, todas los instituciones, que se habian desenvuelto bajo su influencia, perecen tambien necesariamente. Así, se dice que despues de la caida del imperio de Occidente, la conquista de los bárbaros debió aniquilar el derecho romano, y que lo aniquiló en efecto. Pero esta opinion muy difícilmente encontraria hoy partidarios.

llos, que ofrecen un doble peligro; el uno es violar los límites por predileccion hácia una materia, que se relaciona con el contenido de la obra, ó hácia ciertas partes de la ciencia; el otro, verme encerrado muy estrechamente cuando una digresion fuera indispensable para la profundidad del asunto ó para la claridad de lo expuesto (*a*). Mas yo espero que el lector me concederá alguna tolerancia, pues, sobre este punto, no puede darse regla fija; el tacto es el que decide, y debe dejarse algun campo á las ideas subjetivas del autor.

Segun el uso adoptado hasta aquí, sobre todo en los cursos de Pandectas de las universidades alemanas, expondré los principios fundamentales, comunes á todo derecho positivo y que nada tienen de especial en el derecho romano; pero, independientemente de la forma original que reviste y de su influencia sobre otras legislaciones, el derecho romano, por su carácter de generalidad, se presta mejor que todo otro derecho positivo, al estudio profundo de estos principios fundamentales.

(*a*) Así, hablaré de ciertas partes del derecho caidas en desuso á causa del lugar que ocupan en las fuentes y para no destruir la unidad.

CAPÍTULO II.

DE LA NATURALEZA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL.

§ IV.—*Relacion de derecho.*

Para determinar las bases del derecho romano actual, se hace preciso reconocer sus fuentes, estudio que necesariamente exige una investigacion sobre la naturaleza de las del derecho en general.

El derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro sér, nos aparece como un poder del indivíduo. En los límites de este poder, reina la voluntad del indivíduo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros *derecho*, y algunos, derecho en sentido subjetivo. El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado ó atacado, viene la autoridad judicial á reconocer su existencia y extension; pero un exámen más atento nos manifiesta que la forma lógica de un juicio satisface solo una necesidad accidental, y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, la *relacion de derecho*, de la cual, cada derecho no es más que una faz diversa abstractamente considerada: así, un juicio sobre un derecho especial no es racional y verdadero, sino cuando se deriva del entero concepto de la relacion de derecho. Esta relacion tiene una naturaleza orgánica que se manifiesta,

ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mútuamente, ya sea por sus desenvolvimientos sucesivos, su orígen y sus descensos. Esta reconstitucion viva del conjunto, dado un caso particular, forma el elemento intelectual de la práctica, y distingue su noble vocacion del simple mecanismo, que la ignorancia le atribuye. Con el fin de que no aparezca este punto importantísimo como pura abstraccion, creo necesario mostrar, por medio de un ejemplo, la extension de las consecuencias que encierra. Tomemos el caso de una ley célebre, la ley *frater a fratre* (l. 38, XII, 6): estando dos hermanos bajo el poder paterno, presta uno al otro una suma de dinero, la cual se paga despues de la muerte del padre: se pregunta si hay derecho á repetir esta suma como indebidamente pagada. ¿Procede ó no la *condictio indebiti*? Tal es la única cuestion sometida á la apreciacion del juez; pero para resolverla debe tener en cuenta el conjunto de la relacion de derecho, que se descompone de la siguiente manera: poder paterno sobre los dos hermanos, préstamo del uno al otro, peculio recibido del padre por el deudor. La relacion de derecho se ha desenvuelto por la muerte del padre, la apertura de la sucesion, y el pago de la deuda. Tales son los diversos elementos cuya combinacion debe entrar en la decision del juez.

§ V.—*Instituciones de derecho.*

El juicio de un caso práctico, no es posible sino refiriéndolo á una regla general, que domine los casos particulares. Esta regla se llama derecho, ó derecho general, ó, algunas veces tambien, derecho en sentido objetivo. Se manifiesta sobre todo en la ley, es decir, la regla promulgada por la autoridad suprema de un Estado.

Si el juicio de un caso particular es de naturaleza restringida y subordinada; si encuentra su raíz viva y su fuerza de conviccion en la apreciacion de la relacion de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresion, tienen por base las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos. Así, pues, cuando no se quiere limitarse á las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la rela-

cion de derecho, se refiere á una institucion que lo domina y le sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla (*a*), y este segundo encadenamiento, ligándose con el primero, encuentra allí la realidad y la vida.

La ley citada en el párrafo precedente, puede servir para esclarecer este último punto. Las instituciones de derecho que se refieren á aquel caso, son: la sucesion de los hijos al padre, el antiguo peculio, y, sobre todo, la *deductio* que á él se refiere, la transmision de los créditos á los herederos, la confusion en sus personas de créditos y deudas, y la *condictio indebiti*. En cuanto á la manera, segun se ofrecen á la inteligencia estas ideas, existe esta diferencia natural: cuando las instituciones de derecho se perciben aisladas, pueden ser combinadas arbitrariamente; mientras que cuando la relacion de derecho se revela por los acontecimientos de la vida real, nos aparece directamente y bajo su forma concreta. Pero un exámen más detenido nos muestra, que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que la armonía de este sistema en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia. Cualquiera que sea la distancia que separe una relacion individual de derecho, del sistema del derecho positivo de una nacion, no existe entre ellos otra diferencia que la de la proposicion: el procedimiento en virtud del cual llega el espíritu á conocerlos, es absolutamente el mismo.

Por lo dicho, se ve claramente cuán falsa es la opinion que considera la teoría y la práctica de derecho como cosas diversas y opuestas. Sin duda que el teórico y el práctico tienen cada uno sus funciones, y la aplicacion que ellos hacen de sus conocimientos, es diferente; pero siguen un mismo órden de ideas, sus estudios deben ser los mismos, y nadie puede ejercer dignamente una ni otra profesion sin la conciencia de su identidad (*b*).

(*a*) V. Stahl, *Philosophie des Rechts*, (Fª. del Derecho) II, I. p. 165, 166.

(*b*) He adquirido estas convicciones con el estudio profundo de los jurisconsultos romanos, tan grandes bajo este punto de vista, y la experiencia de una larga práctica judicial no ha hecho más que afirmarlas.

§ VI.—*Qué debe entenderse por fuentes del derecho.*

Se denominan fuentes del derecho las bases del derecho general, y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstraccion. Esta definicion presenta una doble analogía, que puede dar lugar á un doble yerro.

1.° Cada relacion individual de derecho tiene su base en un hecho (*a*), y, el lazo existente entre estas relaciones de derecho y las instituciones que la dominan, puede llevar á confundir el orígen de dichas relaciones individuales con el de las reglas de derecho. Si, pues, queremos examinar todos los elementos que entran en una relacion de derecho, encontraremos, infaliblemente, una regla de derecho y un hecho que responde á esta regla, por ejemplo, una ley, que reconoce el contrato y el contrato mismo. Pero estos elementos son de naturaleza esencialmente diversa; y colocar al mismo nivel las leyes y los contratos, considerar los contratos como fuentes del derecho, es confundir lastimosamente las ideas (*b*).

2.° Otro error, ocasionado por la identidad de los nombres, es el de confundir las fuentes de derecho con las fuentes históricas del derecho. Estas últimas comprenden todos los monumentos que nos proporcionan hechos relativos á la ciencia, pero ambas son cosas independientes, cuya reunion es accidental, por más que se verifique frecuentemente y tenga una gran importancia. Así, por ejemplo, el Digesto de Justiniano, es á la vez fuente de derecho y fuente histórica de la ciencia; la ley Voconia, una de las fuentes del antiguo derecho, no es fuente histórica, puesto que no existe; por último,

---

(*a*) Expondré los principios generales sobre esta materia en el capítulo III del libro II.

(*b*) Esta confusion se encuentra, sin hablar de los autores modernos, en muchos pasajes de Ciceron (v. §. 22, nota *m*.) Mientras que unos colocan, equivocadamente, los contratos entre las fuentes del derecho, otros, por un error inverso, colocan en la misma línea las leyes y las causas de obligacion, para establecer la falsa doctrina del *titulus* y del *modus adquirendi*. Höpfner, COMMENTAR. § 293. La palabra *autonomía*, á causa de sus diversas significaciones, ha contribuido mucho al primero de estos errores.

los pasajes de los historiadores y de los poetas de la antigüedad contienen nociones de derecho, que pertenecen exclusivamente á las fuentes históricas de la ciencia.

Añadiré, que las fuentes del derecho, en la mayor parte de los casos de que vamos á ocuparnos, reunen estos dos caractéres, por lo cual una doble acepcion de la misma palabra ofrece pocos inconvenientes. Las diversas partes del cuerpo del derecho (*Corpus juris*), por ejemplo, fuentes del derecho para el antiguo derecho romano, como leyes de Justiniano y fuentes del derecho moderno en virtud de su adopcion, forman parte, como textos, de la fuentes de la ciencia. Del mismo modo, las recopilaciones de derecho aleman de los siglos XIII y XIV, fuentes de derecho como monumentos de derecho consuetudinario, son, como textos, fuentes de la ciencia. No podríamos, pues, censurar á la mayor parte de los autores que hablan de las fuentes del derecho, sin distinguir sus dos significaciones.

§ VII.—*Del orígen del derecho.*

¿Cuál es, sin embargo, la base del derecho general, ó en qué consisten las fuentes del derecho?

Pudiera creerse que el azar, las circunstancias ó la sabiduría, pueden crear el derecho de una manera diferente, segun la influencia que á su creacion presida. Pero esta suposicion cae ante un hecho incontestable: que siempre que la existencia de un derecho se revela á la inteligencia humana, aparece sometido á una regla preexistente, y la invencion de esta regla como inútil é imposible. Considerado el derecho general como anterior á todos los casos dados, se le llama derecho positivo.

Si preguntamos ahora cuál es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia comun de éste, vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*.

No ha de pensarse, sin embargo, que los diversos individuos de que aquel pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues, aunque estas voluntades individuales hubiesen podido sin duda producir el mismo derecho, es más verosímil que hubiesen creado multitud de

derechos diferentes. El derecho positivo sale de ese espíritu general que anima á todos los miembros de una nacion; la unidad del derecho se revela necesariamente á su conciencia, y no es producto de la casualidad.

Asignar al derecho positivo un orígen invisible, es, pues, negar el testimonio de los documentos. La dificultad para resolver esta cuestion, nada tiene de extraña, en mi sentir: se presenta infaliblemente en todas las explicaciones del órigen del derecho. En efecto, al comenzarse la historia fundada en documentos, se encuentra en todos los pueblos un derecho positivo ya existente, cuyo orígen se remonta más allá de los tiempos históricos. Puedo, todavía, invocar consideraciones de otro órden que sugiere la naturaleza misma del asunto. Citaré el reconocimiento unánime del derecho posítivo, el sentímiento de necesidad que acompaña á sus manifestaciones; sentimiento tan claramente expresado por la antigua creencia, que atribuye al derecho un orígen divino. No se podia negar de una manera más formal la intervencion del accidente ni de la voluntad humana. Consignaré además, la analogía que presentan muchos elementos característicos de cada pueblo, los usos de la vida comun, y, sobre todo, la lengua, cuyo orígen se oculta más allá de los tiempos históricos. No es la casualidad ni la voluntad de los individuos, sino el espíritu nacional el que crea las lenguas; pero su nanaturaleza sensible hace que este orígen aparezca más evidente y comprensible que el del derecho. Las diversas manifestaciones del espíritu general de un pueblo, son otros tantos rasgos característicos de su individualidad, entre los cuales, la lengua, como el más notable, ocupa el primer lugar.

El derecho que vive en la conciencia del pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas; es percibido en la realidad de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, aparece cuando se hace sentir su necesidad; se separa entonces de este conjunto, y se traduce en una forma artificial. Tales son las acciones simbólicas, que dan al derecho una apariencía sensible, cuyo orígen popular se revela con más claridad é intensidad que en las leyes.

Al exponer este orígen del derecho positivo, no he tenido en cuenta el tiempo, en el seno del cual se desenvuelve la vida de los pueblos. Se ve, al primer golpe de vista, que la accion del tiempo aumenta la fuerza del derecho: así una idea ju-

rídica recibida y aceptada por un pueblo, se arraiga cada dia más; se desenvuelve por la aplicacion y la conciencia del derecho, que hasta entonces solo en gérmen existia, y toma una forma determinada. Pero el tiempo modifica tambien el derecho. Puédese, en efecto, comparar la vida de los pueblos, y cada uno de sus elementos constitutivos, á la vida humana, que nunca aparece estacionaria y ofrece una contínua sucesion de desenvolvimientos orgánicos. Tanto las lenguas como el derecho ofrecen en su existencia una série de transformaciones no interrumpidas, cuyas transformaciones proceden del mismo principio que su orígen, están sometidas á la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales. Estos desenvolvimientos contínuos siguen una marcha regular, obedecen á un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de una manera especial con las diversas manifestaciones del espíritu, en el seno del cual el derecho toma su nacimiento. En la infancia de los pueblos, es cuando este elemento obra con más fuerza y libertad, pues entonces, el lazo que une á la nacion es más estrecho, más generalmente sentido, y la diversidad de los desarrollos individuales no oscurece la conciencia de este sentimiento. Pero cuanto más desiguales é importantes llegan á ser estos desenvolvimientos, mientras más conocimientos y ocupaciones aislan á los indivíduos y las diferentes condiciones, tanto más difícilmente se desenvuelve el derecho, que tiene su fuente en el espíritu general de la nacion, y esta forma de desarrollo desaparece del todo si, las nuevas circunstancias no crean nuevos órganos: la legislacion y la ciencia del derecho, cuya naturaleza y carácter serán pronto examinados.

Estos nuevos órganos ejercen notable influencia sobre el derecho primitivo. Pueden crear nuevas instituciones, modificar las antiguas, ó anularlas, si no responden al espíritu y á las necesidades del tiempo.

§ VIII.—*El pueblo.*

He considerado hasta aquí al pueblo como el sujeto activo y personal del derecho: ahora voy á examinar la naturaleza y carácter de este sujeto.

Cuando se estima el derecho de una manera abstracta,

independientemente de su contenido, aparece como una regla, segun la cual viven en sociedad un cierto número de hombres. Considerada ésta como una agregacion cualquiera de indivíduos, se llega á ver el derecho como invencion suya, sin la que la libertad exterior de los indivíduos no podria subsistir. Pero la reunion accidental de un cierto número de hombres, es una hipótesis arbitraria sin sombra alguna de verdad; y, aunque existiese una sociedad parecida, seria impotente para crear el derecho, pues no basta que se despierte una necesidad para que tengamos los medios de satisfacerla, sino que, por el contrario, en donde quiera que veamos hombres reunidos, y apelo al testimonio de la historia más remota, siempre encontramos una comunidad de relaciones intelectuales, como lo comprueba el uso de una lengua comun que sirve para fijar y desenvolver dichas relaciones. En este conjunto real, es donde tiene su orígen el derecho y el espíritu nacional, que circula por todos los miembros, es el que puede satisfacer esta necesidad cuya existencia hemos reconocido.

Entre pueblos diferentes no hay límites rigurosamente determinados, y esta indeterminacion aparece tambien en el derecho que ellos realizan. Así, el parentesco que existe entre ciertos pueblos, nos deja algunas veces en la incertidumbre de saber si debemos reunirlos ó distinguirlos; y sus derechos, sin ser del todo semejantes, reproducen este carácter de parentesco.

En el seno mismo de las naciones, cuya unidad es menos dudosa, se encuentran algunas veces ciertas subdivisiones, asociaciones de ciudades y pueblos, corporaciones de todo género, que sin estar desligadas de la nacion, tienen sin embargo una existencia individual y distinta. Dentro del círculo de estas subdivisiones, pueden formarse derechos *particulares*, que se colocan al lado del derecho *comun* de la nacion, y sirven tambien para modificarlo y completarlo *(a)*.

La idea expuesta, segun la cual se considera el pueblo como un sér individual, sujeto natural y persistente del dere-

---

(a) Así, en Roma se ven ciertos derechos consuetudinarios particulares pertenecientes á determinadas *gentes*. Dirksen, *civil. Abbaullungon (Ensayos de derecho civil)* II, página 90.

cho positivo, no debe restringirse á la reunion de los indivíduos exístentes en una misma época; debése, por el contrario, considerar al pueblo como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir. La tradicion es la que vela por la conservacion del derecho, y la tradicion es una herencia que se trasmite por la sucesion contínua é insensible de las generaciones. Esto explica por qué el derecho no depende de la existencia de los indivíduos, por qué las reglas se mantienen y se verifican las insensibles transformaciones indicadas más arriba (§ 7). Bajo este punto de vista la tradicion forma un elemento muy importante del derecho.

He dicho que cada pueblo era el creador y el sujeto del derecho positivo. Acaso esta definicion parecerá muy estrecha, y se mire el derecho positivo como obra del espíritu humano en general y no de los pueblos individualmente considerados: estas opiniones no se contradicen en manera alguna. El espíritu que obra en los diferentes pueblos y reviste rasgos individuales, no es otra cosa que el espiritu humano mismo. Pero la creacion del derecho es un hecho, y un hecho verificado en comun. Ahora bien, la cooperacion no es posible, sino en donde existe, en realidad, una comunidad de pensamientos y de accion, y como una comunidad semejante sólo se encuentra en el seno de cada pueblo, de aquí que ellos son los que producen el derecho positivo, aunque se revele en todos constantemente el espíritu general de la humanidad. Por eso no se encuentran creaciones de derecho arbitrarias, de las cuales nos ofrezca algun rasgo el derecho de otros pueblos. El derecho de cada nacion tiene ciertos rasgos peculiares á la nacion, y otros comunes á todos los pueblos. Mostraré más abajo (§ 22), cómo los romanos comprendian bajo el nombre de *jus gentium* estos elementos generales del derecho.

§ IX.—*El Estado.—Derecho político.—Derecho privado. Derecho público.*

Hasta aquí, he considerado al pueblo como un ser invisible, sin límites determinados; pero jamás se le encuentra en tal estado de abstraccion. La necesidad de traducir en caractéres visibles y orgánicos su unidad invisible, existe cons-

tantemente en todos los pueblos. El Estado da cuerpo á la unidad nacional, con lo cual se fijan rigurosamente sus límites. Si investigamos ahora lo que da nacimiento al Estado, encontramos, como para el derecho en general, una necesidad superior, una fuerza interna que trata de extenderse hácia fuera, é imprime al Estado un carácter individual. Esta fuerza crea el Estado como crea tambien el derecho, y puede considerarse la realizacion del Estado como la más alta manifestacion de su poder.

Llegados á este punto, si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del derecho, lo veremos dividido en dos ramas: el derecho *político* y el derecho *privado*. Tiene el uno por objeto el Estado, es decir, la manifestacion orgánica del pueblo; el otro, contiene todas las relaciones de derecho existentes entre particulares, y es la regla y la expresion de estas relaciones (*a*). Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza y muchos puntos de contacto. Así, la constitucion de la familía, la autoridad del poder y la obediencia de los hijos, ofrecen una analogía grande con la constitucion del Estado, al mismo tiempo que muchas corporaciones tienen casi las mismas condiciones de existencia que los indivíduos. Pero lo que distingue profundamente el derecho político del derecho privado es, que el uno se ocupa del conjunto, y considera á los indivíduos como un objeto secundario, y el otro tiene por objeto exclusivo al indivíduo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados.

Sin embargo, el Estado ejerce sobre el derecho privado numerosas influencias, sobre todo en cuanto á su realizacion. En efecto, el Estado es el que personifica al pueblo y le da la capacidad de obrar. Aunque fuera del Estado puede concebirse, por abstraccion, un derecho privado fundado en una comunidad de ideas y de costumbres, la realidad y la vida no la adquiere este derecho sino en el Estado, en virtud del cual existe el poder judicial. Pero no debe creerse que haya

---

(*a*) L. I de J. et J. (I, 1). «Publicum jus est quod ad stat um rei Romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem.» Sunt enim quœdan publice utilia, quœdan privatim.» Véase, L 2, § 46, de orig-jur. (I, 2.)

habido en la historia una época anterior á la fundacion del Estado, y en que el derecho privado tuviese una existencia incompleta (estado de naturaleza). Todo pueblo, desde que su vida aparece, está ya constituido como Estado cualquiera que sea, por otra parte, su forma. El Estado de naturaleza, es, pues, una hipótesis que crea nuestro espíritu, cuando considera al pueblo abstraccion hecha del Estado.

Las relaciones de los indivíduos con el derecho general, reciben del Estado su realidad y su complemento. El derecho es la expresion del espíritu comun nacional (§ 7, 8), y por consiguiente, de su voluntad, que es tambien la voluntad de todos los indivíduos; pero cada indivíduo puede, en virtud de su libertad, obrar contra la idea y la voluntad manifestada por él como miembro de la nacion, y esta contradiccion es la injusticia ó la violacion del derecho, que debe ser reprimida si se quiere conservar al derecho su imperio y su existencia. Para que la represion no sea casual, para que se ejecute de una manera regular y cierta, es preciso la intervencion del Estado. Solamente en el Estado es posible oponer á los indivíduos la regla del derecho como algo exterior y objetivo; y, bajo este concepto, la violacion del derecho, siempre posible á la libertad individual, se encuentra encadenada y absorbida por la voluntad general.

El Estado tiene tambien una influencia decisiva en la formacion del derecho privado, y no solamente sobre su contenido, de lo que hablaré más abajo, sino tambien sobre los límites, dentro de los cuales esta formacion se verifica. En efecto: la comunidad nacional, concentrada en un solo Estado, tiene mucho más poder y más accion que tendria si se extendiese á muchos Estados, áun de un orígen comun, pues, entónces, mil obstáculos aflojarian los lazos que debieran juntarlos. La unidad del Estado, no excluye el establecimiento de ciertos derechos particulares (§ 7), puesto que éstos no se oponen á los caractéres generales de su unidad. Es preciso, sin embargo, no atribuir al Estado una ifluencia exagerada y exclusiva sobre toda clase de relaciones. En la Edad Media, por ejemplo, despues de la caida del imperio de Occidente, existen diversos Estados germánicos, compuestos á la vez de Germanos y de Romanos.

En estos diversos Estados, los súbditos romanos seguian todos el mismo derecho romano, los súbditos germánicos, el

derecho germánico; y esta comunidad de derechos, más ó ménos perfecta, subsistia siempre á pesar de la division de los Estados.

Para no dejar incompleta la clasificacion de los derechos que existen en concurrencia dentro de los límites del Estado, he de añadir algo á lo expuesto. Sin establecer restricciones á la creacion del derecho, ni pretender que el Estado se limite exclusivamente á la proteccion del derecho, puede decirse que su primera mision, la más indispensable, es la de traducir el derecho en caractéres visibles, y asegurar su autoridad, lo que comprende dos esferas de accion: 1.° El Estado, debe proteccion al indivíduo atacado en su derecho, y se llama *procedimiento civil*, las reglas que existen para el cumplimiento de esta funcion; 2.° Independientemente de todo interés privado, debe el Estado mantener el derecho en sí mismo y reprimir su violacion. Este fin se consigue por medio de la pena, y aquí, en el dominio más restringido del derecho, la voluntad humana imita la ley de expiacion moral que domina en una más elevada esfera (*a*). Las reglas que imperan en esta segunda funcion, se comprenden bajo el nombre de *derecho criminal*, del cual es una parte el *procedimiento criminal* (*b*). De esta manera, el procedimiento civil, el derecho penal y el procedimiento correspondiente forman parte del derecho político. Tal era el punto de vista de los romanos; y, si ha habido una desviacion en los tiempos modernos, ha sido á causa de haberse confiado frecuentemente la práctica del derecho criminal, á los mismos encargados del derecho privado: la reunion en una misma mano de ambas funciones, les ha dado cierto carácter de

---

(*a*) En este sentido se puede decir que la doctrina moral de la separacion, considerada bajo cierto aspecto, es un derecho que el Estado debe hacer respetar. (Hegel, *Natur recht*, (*Derecho Natural*) §§ 102, 103, 220), Klenze, *Lehrbuch des Strafrechts*, (*Manual de Derecho Penal*) p. x, xvii.

(*b*) El derecho positivo de cada pueblo determina si el Estado ha de ejercer el derecho por sí mismo ó abandonar su prosecucion á los particulares lesionados. Este último sistema, era el de las penas privadas de los romanos; pero los progresos de la autoridad pública, tienden á establecer en todas partes el sistema contrario.

semejanza. En cuanto al procedimiento civil, se encuentra la accion del Estado de tal suerte ligada á los intereses de los particulares que, en realidad, es imposible separarlos completamente; pero esto no cambia en nada la naturaleza esencial de las diferentes partes del derecho. Por esto, para abrazar á la vez un doble punto de vista, se tiene costumbre, y no sin razon, de sustituir á la expresion de derecho político, la más general, de derecho público que se entiende comprender el procedimiento civil y el derecho penal; de este nombre me serviré en adelante.

El derecho público, está tambien en contacto con el derecho eclesiástico. Humanamente hablando, la Iglesia, considerada como comunidad, como corporacion, podria pertenecer á la vez al derecho público y al derecho privado, y ser comprendida en sus repectivos dominios; pero su imperio sobre el hombre interior, rechaza una asimilacion semejante: la historia nos muestra que la Iglesia y su derecho han ocupado en el Estado, segun las épocas, un lugar muy diferente. Entre los romanos, el *jus sacrum*, formaba parte del derecho público y, era regulado por el Estado (*a*). El Cristlanismo no podria ser sometido, á causa de su universalidad, á una direccion puramente nacional: la Iglesia, en la Edad Media, trató de elevarse por cima de los Estados y dominarlos: nosotros debemos considerar las diversas iglesias cristianas, existiendo al lado del Estado; pero teniendo con él una multitud de puntos de contacto é íntimas relaciones. De esta suerte el derecho eclesiástico nos aparece como un derecho especial á la vez independiente del derecho público y del privado.

§ X.—*Diversidad de opiniones sobre la formacion del Estado.*

La teoría precedente sobre el orígen y naturaleza del Estado, está léjos de ser generalmente admitida. Se le ha considerado frecuentemente como una reunion indeterminada de hombres, independiente de la unidad nacional. Pero esta opinion cae por su base, por el solo hecho de que, en todas las épocas, los pueblos son los que constituyen los Estados, y

---

(*a*) L. I § 2, de J. et J. (I, I).

que, en todas partes, el pueblo es el que forma su base. Algunas veces, en los Estados esclavistas de América, por ejemplo, se ha tratado de reunir grandes masas de hombres, sin tener en cuenta su orígen; pero estos ensayos han tenido resultados funestos, y la organizacion del Estado ha tropezado con obstáculos insuperables. En contra de esta opinion, basta oponer la afirmacion de que, en su orígen, y segun la naturaleza de las cosas, todos los Estados han sido formados en el seno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Se representan otros la creacion del Estado como un acto de voluntades individuales, como el efecto de un contrato, sistema cuyas consecuencias son perniciosas al par que falsas. De esta manera se supone que si los indivíduos han creido conveniente formar un Estado hubieran podido tambien no formarlo ó incorporarse á otro, ó, por último, adoptar una constitucion diferente. Sin repetir aquí lo que he dicho de la unidad natural de los pueblos y de sus necesarias consecuencias, haré notar solamente que, donde hay semejante acuerdo, existe ya infaliblemente el Estado de hecho y de derecho; por lo que, bien mirado, no se trata entonces de constituirlo sino de su descomposicion. Este erróneo sistema se basa en un doble error. Las numerosas variedades que presenta la organizacion de los Estados, es decir, el elemento histórico é individual han sido considerados como otros tantos actos arbitrarios de la valuntad humana. Se han confundido constantemente, y sin apercibirse de ello, las diversas significaciones de la palabra genérica pueblo. Por él se ha entendido: 1.°, la unidad natural en cuyo seno toma nacimiento el Estado perpetuándose de generacion en generacion: tomado en este sentido, no puede haber cuestion de voluntad ni de eleccion; 2.°, la reunion de los contemporáneos que existen en el Estado en una época determinada; 3.°. la reunion de los indivíduos extraños al poder, es decir, los gobèrnados sin los gobernantes; 4.°, en las repúblicas, la antigua Roma por ejemplo, la asamblea de los ciudadanos organizada por la Constitucion, y en donde reside la soberanía. La confusion de todas estas ideas ha inducido á atribuir al conjunto de los ciudadanos el derecho ideal del pueblo, considerado como unidad natural, así como tambien los privilegios del *populus romanus* y á colocar la soberanía en manos de los súbditos. No se llega á un resultado más ver-

dadero cuando se atribuye la soberanía á la reunion de todos los indivíduos contemporáneos, gobernantes y gobernados, pues el Estado no se compone de todos los indivíduos contados por cabezas, sino de ciertas categorías que lo constituyen conforme á su peculiar organizacion. En efecto, la totalidad de estos no es la que quiere y obra, y si separamos las mujeres, y los menores que constituyen el mayor número quédase reducido á la vana sombra de la representacion. Por último, el conjunto de todos los individuos contemporáneos no es bastante para formar el pueblo, pues éste, bajo un punto de vista, continúa en el porvenir y tiene una imperecedera existencia (§ 7, 8).

En la opinion que combato, hay un elemento de verdad. El acaso y la voluntad arbitraria del hombre ejercen tambien su influencia en la formacion de los Estados: la conquista ha destruido, con frecuencia, fronteras naturales, desmembrado pueblos y roto su unidad. Suele tambien el Estado asimilarse un elemento extraño, pero esta asimilacion no se opera sino por grados y segun ciertas leyes naturales, bajo una unidad fuertemente constituida, con la cual tenga el nuevo elemento una relacion íntima. Pero semejantes acontecimientos, aunque frecuentes en la historia, son verdaderas anomalías: el pueblo y su desarrollo orgánico constituyen siempre la base y el origen natural y ordinario del Estado. Si, en medio de este trabajo, los acontecimientos exteriores le traen ese elemento extraño, puede un pueblo sano y vigoroso apropiársele en virtud de su energía moral, sin cuya absorcion seria una enfermedad el resultado de esta lucha. Así se explica como, lo que fué en su orígen injusticia y violencia, sometido á un poder de asimilacion, puede transformándose, convertirse en legítimo elemento del Estado. Pero no es lícito presentar estas anomalias, estas pruebas que debe sufrir la fuerza moral como el verdadero orígen de los Estados, recurrir á esta opinion como único refugio contra la dañosa doctrina de un contrato social (*a*), seria un remedio peor que la enfermedad misma.

(*a*) Haller, *Restauration des Staatswissenschaft. (Restauracion de la Ciencia Política).*

§ XI.—*Derecho internacional.*

Si se trata de saber la relacion de los pueblos y de los Estados entre sí, encontraremos precisamente la que existiria en cierto número de indivíduos de diferentes naciones á quienes el acaso hubiera reunido. Si todos son hombres civilizados y están animados de buenas intenciones, aplicarán en esta sociedad accidental, las ideas de derecho que tenian anteriormente y se crearán de esta manera un derecho nuevo más ó ménos imitado, más ó ménos propio. Los Estados independientes pueden tambien, en sus mútuas relaciones, aplicar sus derechos particulares en la medida de las conveniencias y de su interés, sin que constituya esto un derecho. Puede existir tambien entre muchas naciones una comunidad de ideas semejante á la que crea el derecho positivo de cada pueblo. Dicha comunidad de ideas, fundada en relaciones de orígen y de creencias religiosas, constituye el derecho internacional tal como lo vemos entre los pueblos cristianos de Europa, derecho que no era desconocido en los pueblos de la antigüedad y que encontramos entre los romanos con el nombre de *jus feciale.* Puede, pues, considerarse el derecho internacional como un derecho positivo, pero imperfecto, á causa de la indeterminacion de su contenido y de la falta de base real sobre la cual repose el derecho positivo de cada pueblo, á saber, el poder del Estado y sobre todo la autoridad judicial (§ 9).

Los progresos de la civilizacion fundada por el cristianismo, han originado un derecho análogo en nuestras relaciones con todos los pueblos del mundo, cualquiera que sea su creencia y sin reciprocidad de su parte. Pero la aplicacion de estos principios, tiene un carácter puramente moral, que en nada se parece á un derecho positivo.

§ XII.—*Derecho consuetudinario.*

(G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht, B, 1, 2. Erlangen, 1828, 1837-8).

El derecho del pueblo, que se desenvuelve de una manera invisible, y cuyo orígen no puede referirse á un hecho exterior ó á una época determinada, ha sido reconocido en todos los tiempos; pero este reconocimiento ha sido hasta cierto

punto estéril, porque se le asignaba un objeto muy restringido y se tenia una falsa idea de su naturaleza. El primer punto, no puede ser esclarecido hasta haber hablado de la legislacion: el error sobre la naturaleza del derecho del pueblo respecta al derecho consuetudinario, denominacion que se le ha dado algunas veces.

La expresion, derecho consuetudinario, puede dar lugar á una série de inducciones falsas. Puede suponerse que, en su orígen, fué abandonada como cosa indiferente, una cuestion de derecho al arbitrio ó á la casualidad, y que, volviéndose á presentar el mismo caso, en lugar de buscar una solucion nueva, se halló más fácil adoptar la primera, é introducida esta práctica, pareció cada dia más natural: tal solucion, adoptada con la misma razon que podia haberlo sido la contraria, vino á ser regla de derecho al cabo de cierto tiempo, y hé aquí cómo el derecho ha sido engendrado por la costumbre.

Pero, examinando la verdadera base de todo derecho positivo, encontramos un órden de consecuencias y de principios enteramente diversos. La base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo. ¿Y esta conciencia, invisible de su naturaleza, dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una série de actos uniformes, acusa un orígen comun: la esencia del pueblo; lo más contrario, precisamente, á la arbitrariedad y al acaso. Así, pues, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce.

Hay, sin embargo, en la opinion que refuto, un lado de verdad que trataré de reducir á su justo valor. En efecto, si los principios fundamentales del derecho positivo, que viven con la conciencia de un pueblo, no pueden jamás ser desconocidos, la realidad de los principios secundarios, es menos evidente: para que el pueblo tenga de ellos una conciencia clara y distinta, necesita verlos aplicados frecuentemente *(a)*,

---

(a) *Puchta* II, p. 8, 9: «La costumbre, para el pueblo que la establece, es un espejo en donde él se reconoce.»

y esta necesidad se hace sentir en un pueblo tanto más vivamente, cuanto menor es la energía conque desenvuelve la fuerza creadora del derecho. Añadiré, tambien, que hay ciertas ramas del derecho positivo que ofrecen tal carácter de indeterminacion que, piden ser fijadas por una regla cualquiera. Tales son las disposiciones que expresan un número, cuyos límites extremos dejan siempre ancho campo á la arbitrariedad; las reglas sobre prescripciones, por ejemplo, ó las relativas á la forma exterior de los actos. En casos semejantes, nuestros juicios y determinaciones anteriores, se convierten para nosotros en verdaderas autoridades, y en este sentido, la costumbre es uno de los elementos del derecho (*a*).

Esta reaccion de la costumbre sobre el derecho, no tiene carácter alguno de inferioridad, sino cuando nos representamos la adopcion de una costumbre, como un acto irreflexivo, determinado por circunstancias puramente accidentales. Pero si esta adopcion es el resultado de una deliberacion de la inteligencia, nada hay que menoscabe la dignidad del derecho. Aunque la expresion derecho consuetudinario, bajo su doble faz, tenga tambien su legitimidad, debemos huir de restringir su dominio, á causa de los numerosos errores que, mezclados con su orígen, nos ha trasmitido.

Una vez reconocida la costumbre como signo del derecho positivo, y como uno de los elementos que concurren á la formacion del derecho, encontramos, respecto á su manifestacion, dos clases de hechos que se colocan en primera línea en razon de su importancia y de su fecundidad: estas son las formas simbólicas que nos ofrece la historia del derecho y los juicios de los tribunales populares *(b)*. Los unos traducen en

(*a*) Como, por ejemplo, cuando se trata de determinar á quién corresponde la prueba, para cambiar un órden de cosas existente. Igualmente ejercen su influencia sobre la posesion, la usucapion, la prescripcion de la querella, los precedentes judiciales (§ 20), pero combinándose con otros elementos. Este es un punto de vista general que no hago más que indicar aquí; entraré en detalles, cuando trate de estas diversas materias.

(*b*) La importancia particular de los juicios populares existe en oposicion á las decisiones que en los tiempos modernos emanan de los tribunales permanentes (§ 14). Este carácter se encuentra evidente-

caractéres visibles el sentido de las instituciones; los otros, llamados á resolver un conflicto entre pretensiones rivales, determinan necesariamente el derecho con una precision rigurosa.

Al decir que la aplicacion del derecho es un signo de su existencia, debe entenderse un signo *mediato*, necesario solamente á los que le consideran de una manera exterior y sin pertenecer á la comunidad, en cuyo seno encuentra el derecho su orígen y su desenvolvimiento (§ 7, 8). Para los miembros de esta comunidad, el derecho existe, independientemente de su aplicacion: es una realidad de la que tienen inmediata conciencia (§ 30).

§ XIII.—*Legislacion.*

Aunque el derecho positivo haya alcanzado el más alto grado de evidencia y certidumbre, puede haber quien se sustraiga á él, por ignorancia y por mala voluntad. Puede ser necesario, el darle un signo exterior que lo coloque por cima de todas las opiniones individuales, y facilite la represion de la injusticia. El derecho positivo, traducido por la lengua con caractéres visibles y revestido de una autoridad absoluta, se llama ley, cuya confeccion es uno de los más nobles atributos del poder supremo del Estado. Tanto el derecho público, como el derecho privado, pueden ser objeto de la legislacion;

---

mente en los juicios de regidores de los pueblos germánicos—(Nota de la traduccion: Refiérese aquí el autor á los *Weisthume* (fallos ó sentencias de los jurados ó *proudhommes*, hombres buenos, etc.), institucion exclusivamente peculiar de Alemania), y en los *res judicatæ* de los Romanos, no como pudiera creerse, porque los *judices* fuesen personas privadas, pues el punto de derecho, que es aquí lo importante, se regulaba siempre por el pretor, sino porque éste, elegido cada año y no perteneciendo á ninguna corporacion, sabia que representaba el espíritu general de la nacion. Los mismos Romanos miraban los *res judicatæ* como fuentes del derecho que emanaban del pretor. Auctor ad Herennium, II, 13. Esto debe entenderse solamente de los negocios ordinarios, para cada uno de los cuales nombraba el pretor un juez ó un pequeño número de jueces. En los negocios centunvirales, los centunviros conocian del hecho y del derecho, pues no se les daba fórmula, y tal es el orígen de la *querela inofficiosi*.

pero yo la considero especialmente en sus relaciones con el último.

Si nos preguntamos cuál es el asunto de la ley, hallaremos que está determinado por la naturaleza misma del poder legislativo, y que lo constituye el derecho popular ya existente: ó, en otros términos, la ley es la expresion del derecho popular. Para dudar de ello, seria necesario figurarse al legislador fuera de la nacion y sin lazo alguno con ella; pero puesto que en realidad existe en medio de la nacion, y, puede decirse, ocupando su centro, refleja su espíritu, sus creencias, sus necesidades, y debe ser considerado como el verdadero representante del espíritu nacional. Y no se crea que esta posicion depende de la forma dada al poder legislativo por la constitucion política del Estado Ya sea la ley obra del príncipe, de un senado, de una asamblea electiva ó hecha por el concurso de estos diversos poderes, son siempre esencialmente las mismas las relaciones entre el legislador y el pueblo: es un verdadero error, ya señalado más arriba, el creer que para representar el espíritu de la nacion deba la ley de emanar de una asamblea electiva.

La doctrina que acabo de exponer sobre la naturaleza y el sujeto de la ley, ha sido frecuentemente mal comprendida; se ha creido que asignaba al legislador un papel secundario por bajo de su dignidad, y que condenaba la legislacion entera como inútil y dañosa. Trataré de refutar este error mostrando la influencia real ejercida por la legislacion sobre la formacion del derecho, influencia que se manifiesta bajo un doble punto de vista, pues la legislacion completa el derecho positivo y le ayuda en su progresivo desenvolvimiento. Recordaré aquí lo que he dicho más arriba (§ 12) con motiuo del derecho consuetudinario. Cualquiera que sea la certidumbre de los principios fundamentales de derecho positivo, pueden quedar indeterminados una multitud de detalles, sobre todo en aquellos pueblos cuya actividad no se ha dirigido preferentemente á la formacion del derecho. Así, en lo que respecta á las reglas que dejan ancho campo al arbitrio, por ejemplo, las que fijan los plazos, el derecho popular necesita un complemento; y aunque éste pueda venir de la costumbre, la legislacion lo ofrece de una manera más pronta y segura.

La legislacion tiene todavía mayor influencia sobre el des-

envolvimiento progresivo del derecho. Cuando el cambio de las costumbres, de las opiniones y de las necesidades, exige la reforma del derecho, ó la marcha de los tiempos exige nuevas instituciones, estos nuevos elementos, puede proporcionarlos la fuerza invisible que ha creado el derecho positivo. Pero aquí es donde la intervencion del legislador es más bienhechora, y resulta indispensable. Como las diversas causas expuestas más arriba, no obran sino lentamente y por grados, hay necesariamente una época de transicion en la que el derecho es incierto, y la ley está llamada á hacer cesar esta incertidumbre. Por otra parte, las diversas instituciones del derecho se enlazan y reobran unas sobre otras; cada principio nuevo puede, pues, sin que nadie se aperciba, contradecir otros principios no puestos en duda. Para obviar tales dificultades, son precisas ciertas combinaciones que los pongan á todos de acuerdo; obra de que solamente es capaz una accion personal y reflexiva (*a*).

Estos principios adquieren un nuevo grado de evidencia, cuando el derecho que se trata de modificar está fijado por una ley. La fuerza oculta que trabaja sin descanso en la formacion del derecho, se encuentra entonces atada, ó sensiblemente sujeta por la autoridad inherente á los textos (*b*); vemos tambien en la historia de todos los pueblos, épocas en que las circunstancias se oponen á que el derecho salga, como en los tiempos primitivos, de la conciencia comun de la nacion

---

(*a*) Stahl, *Philosophie des Rechts* (Filosofía del Derecho), II, I, p. 140.

(*b*) Tal es el verdadero sentido de este pasaje de Goëthe, generalmente mal comprendido: «Las leyes y el derecho, semejantes á un mal hereditario, se trasmiten de generacion en generacion y se extienden insensiblemente de pueblo en pueblo. La inteligencia se convierte en necedad, el beneficio en tormento. ¡Desgraciado de tí por haber nacido nieto! Pero respecto al derecho nacido con nosotros, ¡ay! no se hace nunca cuestion.» Por esto se ha creido, equivocadamente, que el poeta hacia una sátira contra el derecho positivo, deplorando que el derecho natural no fuera el único que rigiese. Lejos estoy de pretender que las ideas que expongo se le hayan presentado á Goëthe con el mismo encadenamianto, pero es privilegio del génio el de llegar por una intuicion directa, á los resultados que nosotros hemos obtenido con gran esfuerzo y por una larga série de deducciones.

y, entonces, el legislador verifica directamente este trabajo, que no puede quedar interrumpido. Nunca se ha verificado este cambio de una manera más visible y más rápida que bajo Constantino, y á partir de su reinado, las numerosas leyes de los emperadores fueron las únicas fuentes del derecho.

Por las explicaciones que preceden, se vé que la legislacion no es de ninguna manera inferior al derecho popular puro, es decir, no formulado por una ley; pero no ménos grande error seria el creer que el derecho popular está destinado únicamente á llenar las lagunas accidentales de la legislacion, y que deba desaparecer desde el momento en que se escriben las leyes, pues de aquí se seguiria necesariamente, que una ley no puede ser abrogada por un uso contrario. Si, pues, se colocan estas dos formas del derecho bajo la misma línea, no se comprende por qué, una circunstancia accidental, como la adopcion de un principio por la legislacion, ha de eneadenar el derecho popular y detener su accion.

Hasta aquí, sólo me he ocupado del contenido de la ley; réstame hablar de su forma. La forma de la ley está determinada por la naturaleza misma del poder de quien ella emana y por la autoridad absoluta de que está revestida. Nada responde mejor á su orígen y á su objeto que la forma abstracta de la regla y del mandato. Todo lo que puede añadírsele, exposiciones y desenvolvimientos propios para procurar la conviccion, es extraño á la ley, y entra en otra esfera de ideas. Hay aquí un defecto de proporcion entre la ley y la institucion de derecho, cuya naturaleza orgánica, no puede ser agotada por una regla abstracta. Sin embargo, para hacer una buena ley debe el legislador abrazar en su conjunto la naturaleza orgánica de la institucion, y, por un procedimiento artificial, sacar de ella la prescripcion abstracta de la ley, de la misma manera que el juez, por una operacion diversa, debe recomponer el conjunto orgánico, del que la ley muestra una sola faz. Cuando la ley se limita á ayudar el desenvolvimiento del derecho y á llenar sus lagunas, este defecto de proporcion y la necesidad de suplirla por un procedimiento artificial, son menores, porque dichas lagunas tienen un carácter de particularidad y de abstraccion que se presta á la forma tambien abstracta de la ley.

§ XIV.—*Derecho científico.*

Por la marcha natural de la civiiacion, que trae como consecuencia la division del trabajo y de los conocimientos, aparecen en la sociédad diferentes cláses, cada una de las cuales dirige su actividad hácia un objeto especial. Así el derecho, que antes vivia en la conciencia del pueblo, por consecuencia de las nuevas relaciones que crea la vida real, adquiere tal desarrollo, que su conocimiento cesa de ser accesible á todos los miembros de la nacion. Entonces, se forma una clase especial, la de los jurisconsultos, que, en el dominio del derecho, representan al pueblo de que forman parte. Es está una forma nueva, bajo la cual prosigue el derecho popular su desenvolvimiento, que, desde entonces, tiene una doble vida. Sus principios fundamentales subsisten siempre en la conciencia de la nacion, pero su determinacion rigurosa y las aplicaciones de detalle pertenecen á los jurisconsultos.

Las formas exteriores que reviste la actividad de los jurisconsultos, son la imágen de la progresiva cultura de esta clase. Ante todo. dan consejos en ciertos casos especiales, concurren á la decision de un proceso (*a*), indican las formas necesarias para la solemnidad de un acto, y sus primeros ensayos literarios son ordinariamente recopilaciones de fórmulas é instrucciones, enteramente prácticas, sobre las formalidades requeridas para la confeccion de los actos solemnes. Poco á poco, toman sus trabajos un carácter más elevado. La ciencia comienza á nacer, á tener su teoría y su práctica: su teoría, en las doctrinas expuestas por los libros y los informes orales; su práctica, en las decisiones de los tribunales, que difieren de los antiguos juicios populares por la instruccion científica de los magistrados y las tradiciones que se establecen en el seno de los colegios permanentes. Así, pues, los jurisconsultos ejercen sobre el derecho una doble accion: la una creadora y directa, pues, reuniendo en sí toda la actividad intelectual de la nacion, desenvuelven el derecho como representantes de esta nacion; la otra, puramente científica, pues, se apoderan del derecho, cualquiera que sea

(*a*) Primero hubo consultas verbales de los *advocati*, despues *responsa* por escrito.

su orígen, para recomponerlo y traducirlo en una forma lógica. Esta última funcion de los jurisconsultos, nos los presenta en una especie de dependencia y obrando sobre una materia determinada. Pero la forma científica que ellos le imprimen, y que tiende siempre á desenvolver y á completar su unidad, reobra sobre el derecho mismo, le proporciona un procedimiento orgánico, y la ciencia llega á ser un nuevo elemento constitutivo del derecho. Se ve al primer golpe de vista, la utilidad y la importancia de esta reunion de la ciencia sobre el derecho; pero tiene tambien sus peligros. Antiguamente, compusieron los jurisconsultos romanos, para el cumplimiento de ciertos actos jurídicos, axiomas de derecho —muchos en Gayo se encuentran—que, trasmitidos por la tradicion, conservaron largo tiempo su autoridad; pero los jurisconsultos, y Justiniano que acepta sus expresiones (*a*), nos advierten que no debemos someternos servilmente á estos axiomas, ni mirarlos como el fundamento del derecho (*b*), sino como simples tentativas de resumir el derecho y concentrar sus resultados. En los tiempos modernos, la reaccion de la forma, está más extendida, es más variada y más poderosa; y este es, precisamente, el peligro de los códigos completos. Fijan estos el derecho en el estado en que se encuentra, lo inmovilizan y lo privan del mejoramiento sucesivo que traen naturalmente los progresos de la ciencia.

Si se examinan las relaciones de la clase de jurisconsultos con la legislacion, las encontramos en gran número y de diverso género. El derecho por ellos elaborado es, como el

---

(*a*) L. 102 de R. J. (L. 17). «Omnis definitts in juri civili periculosa ets; parum (rarum) est enim, ut non subverti possit.

(*b*) L. I de R. J. (L. 17). «Regula est, quœ rem quœ est breviter enarrat. Nom (ut) ex regula jus sumatur, sed (ut) ex jure quod est regula fiat... quœ, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.» Esto quiere decir que, no se debe sacrificar á una regla, una verdad concreta, evidente. El axioma: no hay regla sin excepcion, se presenta aquí naturalmente; pero en este caso, admitir una excepcion, es reconocer que la regla ha sido establecida de una manera incompleta. Algunas veces, tambien el legislador expresa sus prescripciones bajo la forma de regla y, entonces, las expresiones no pueden ser admitidas sino con mucha precaucion.

derecho popular primitivo, la materia de la legislacion; pero sus conocimientos especiales tienen además sobre ella muchos grados de influencia. Ellos rehacen las leyes y las hacen pasar á la vida real; la libertad y la variedad de formas que emplean les permiten mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institucion viva del derecho; identidad que da nacimiento á la ley, pero que no es visible inmediatamente (§ 13). Así, los trabajos de la ciencia facilitan la aplicacion de la ley y aseguran su imperio.

Se ve, pues, que los jurisconsultos tienen sobre el derecho positivo una gran influencia. Los que rechazan esta influencia como pretension injusta, tendrian razon si los jurisconsultos formasen una casta inaccesible para todos; pero como cada cual puede ser jurisconsulto haciendo los estudíos necesarios, su pretension se reduce á decir que, el que consagra al derecho el trabajo de su vida entera, podrá, en virtud de sus conocimientos, tener sobre el derecho más influencia que otro.

El derecho que se deriva de esta fuente, lo llamo *derecho científico*: otros lo llaman derecho de los jurisconsultos.

Al indicar el desenvolvimiento intelectual, como condicion del derecho científico, no quiero decir un alto grado de cultura, basta á menudo una simple iniciacion; prescindamos sobre esto de minuciosos detalles. Más importante es la observacion de que, en un estado de civilizacion poco adelantado, puede nacer el derecho científico, cuando la constitucion política atribuye el conocimiento casi exclusivo del derecho á una cierta clase de ciudadanos. Así, veremos en Roma una *auctoritas prudentium*, en un tiempo en el que no habia la menor sombra de necesidades científicas. Esta autoridad se atribuye, á la vez, á los conocimientos especiales de los pontífices y á los privilegios de los patricios (*a*).

§ XV.—*De las fuentes del derecho en su conjunto; naturaleza y origen de su contenido.*

De la exposicion que precede resulta que, en su origen, todo derecho positivo es popular, y que al lado de

(*a*) L. 2, § 5, 6, *de orig. jur.* (I, 2). No es este el lugar de examinar qué grado de confianza merezca el presente punto histórico.

este derecho popular, y frecuentemente con su asentimiento, viene la legislacion á colocarse como complemento y garantía. Y puesto que los progresos de la civilizacion hacen nacer el derecho científico, tiene el derecho popular dos órganos que viven de su propia vida. Si, trascurriendo el tiempo, se retira del pueblo la fuerza creadora del derecho, se concentra ésta en esos dos órganos, donde continúa subsistiendo. Entónces, el derecho popular primitivo desaparece, por decirlo así, pues pasando sus partes más importantes á la legislacion ó la ciencia, sólo son visibles bajo tales formas. Como el derecho popular puede encontrarse, de esta manera, oscurecido por la ley y por la ciencia, en el seno de las cuales prosigue su desarrollo, cabe sea su verdadero orígen olvidado y desconocido (*a*). La legislacion, sobre todo, por su autoridad exterior, tiene tal preponderancia que induce fácilmente á ser considerada como la única fuente de derecho, y á no ver en lo demás sino complementos secundarios; error que debe rectificarse, pues el derecho no existe en su estado normal sino donde reina un armonioso concurso entre estas diversas fuerzas creadoras, allí donde ninguna se aisla de las otras; y para que la ciencia y la legislacion, cuyo orígen es esencialmente individual, no marchen al acaso, importa que el legislador y los jurisconsultos tengan ideas sanas sobre el orígen del derecho positivo y sobre la relacion de las diversas fuerzas que lo constituyen.

(*a*) La trasformacion de las antiguas fuentes del derecho se manifiesta, sobre todo, en el lenguaje constante de los tiempos posteriores. Lo que se llamaba, otras veces, fuentes del derecho, *leges*, *plebiscita*, *senatus consulta*, etc., habia ya desaparecido de los libros de los jurisconsultos, en los cuales incluíanse leyes imperiales, cuyo número aumentaba cada dia. Desde entónces, se dijo que el derecho se componia de *leges* ó de *constitutiones* (constituciones imperiales), y del *jus* ó *prudentia* (la literatura jurídica). Así se expresan muchos pasajes del *Commonitorium*, á la cabeza del Breviario visigodo Int. L. 2, C. Th., de dot. (III, 13). Int. L. un C. Th., de respons. prud. (1, 4). Int. C. Greg. II, 2, I.—*Edictum Theodorici in epilogo.*—Proem. Inst., § 2, 4. Const., *Deo auctore*, § 1, 2, 9, II, Const., *cordi*, pr. § 1, L. 5, *C. quorum apell.* (VII, 65). *Justiniani Sanctio pragmatica*, § II.—El derecho inglés descansa sobre una doble base: el *statute law*, y la *common law*, y los actos del Parlamento, valen como las constituciones imperiales.

Esta íntima relacion de la legislacion y de la ciencia, con el derecho popular que les sirve de base, nos conduce á examinar más atentamente la naturaleza y el contenido de este derecho. Encontramos en él dos elementos, uno individual y peculiar de cada pueblo, otro general, fundado en la naturaleza comun de la humanidad. Ambos elementos son reconocidos científicamente por la historia y la filosofía del derecho. Entre los autores que se han ocupado de profundizar la naturaleza del derecho, muchos lo han considerado como una idea absoluta, sin cuidarse de las formas que reviste en su aplicacion real y de la influencia de dichas formas. Los mismos que han tomado la realidad del derecho como objeto de sus trabajos, reconocen uno solo de estos dos elementos y son conducídos á puntos de vista exclusivos é incompletos. Así, los unos miran el contenido del derecho como cosa indiferente y accidental, y se contentan con hacer constar los hechos; los otros establecen por cima del derecho positivo un derecho absoluto y normal que todos los pueblos podrian adoptar, sustituyéndolo al suyo propio. Estos reducen el derecho á una abstraccion sin vida; aquéllos desconocen la dignidad de su vocacion. Este doble escollo se evita asignando al derecho un fin general, que cada pueblo está llamado á realizar históricamente. Si los debates animados á que ha dado motivo esta discusion, han puesto en claro la verdad, ha solido acontecer tambien, que se ha sacrificado uno de los elementos en el calor de la polémica. No puede negarse que un estudio dirigido en apariencia á los detalles, puede poner de manifiesto el conjunto y el sentido más elevado de las instituciones del derecho, de la misma suerte que una investigacion general puede estar animada por el estudio de la vida histórica de los pueblos. Si, dejando á un lado el espíritu de partido, cosa vana y perecedera, examinamos la marcha científica de nuestro tiempo, reconoceremos con satisfaccion que las opiniones contrarias tienden á aproximarse, y que estamos realmente en camino de progreso.

El fin general del derecho se desprende de la ley moral del hombre, bajo el punto de vista cristiano. El Cristianismo, no existe solamente como regla de nuestras acciones, sino que ha modificado la humanidad y se encuentra en el fondo de nuestras ideas, áun de aquellas que parecen serle más

extrañas y hostiles. Reconocer este fin general del derecho, no es sacarlo de su centro ni despojarlo de su independencia, pues el derecho es, en efecto, un elemento particular que concurre al fin comun, y, referirlo á la universalidad de las cosas, es solamente considerarlo bajo un punto de vista más elevado. Es inútil añadir á este fin, que es el propio del derecho, otro, del todo diferente, con el nombre de bien público, colocando así, al lado de un principio de moral, un principio de economía política. Tratando ésta de extender nuestro imperio sobre la naturaleza exterior, ha de ser su resultado la multiplicacion y ennoblecimiento de los medios que conducen al cumplimiento del destino moral del hombre; pero tal mision no constituye un fin nuevo.

Considerando bajo este punto de vista la creacion del derecho en los diferentes pueblos, se ve, frecuentemente, que los dos elementos no difieren en nada, y que obran como dos fuerzas idénticas. Algunas veces, aparecen opuestas la una á la otra, se combaten y se limitan mútuamente, para reunirse despues en una unidad superior. En medio de esta oposicion, se manifiesta el elemento especial ó nacional, y todas las consecuencias lógicas que de él se derivan, nos aparecen como la letra del derecho *(jus strictum, ratio juris)* (*a*). En dicho punto muéstrase el derecho limitado y restringido; pero tiene la facultad de engrandecerse, adoptando los principios generales conformes á su naturaleza.

De otro lado y sobre todo, allí donde más resalta la naturaleza moral del derecho, nos aparece el elemento general bajo diferentes aspectos. Así, la dignidad moral y la libertad comunes á todos los hombres, el desenvolvimiento de esta libertad por las instituciones del derecho, todas las consecuencias prácticas que se derivan de dichas instituciones, y lo que

---

(*a*) Cito aquí las expresiones técnicas de los romanos, no como exposicion histórica de sus ideas en este respecto, sino con el fin de hacer resaltar mejor estos principios generales, refiriéndolos á expresiones técnicas bien conocidas. Mostraré, § 22, cómo se relacionan estos principios, con las ideas adoptadas por los romanos, sobre el orígen del derecho. Hé aquí un texto que pone de manifiesto sus consecuencias lógicas, L. 51, § 2, *ad. L. Aquil.* (IX, 2): Multa autem juri civili, *contra rationem disputandi*, pro utilitate communi recepta esse.

los autoros modernos llaman *la naturaleza de las cosas (æquitas ó naturalis ratio)*, son otras tantas manifestaciones inmediatas y directas del elemento general. Aparécenos tambien indirectamente: 1.°, en lo respectivo á la moral fuera del dominio del derecho *(boni mores)* y, desde Constantino, en lo que se refiere á los principios de la Iglesia; 2.°, en lo tocante al interés del Estado *(publica utilitas, quod reipublicæ interest)*; 3.°, en las precauciones naturales tomadas en interés de los particulares *(ratio utilitatis)*, por ejemplo, las garantías dadas al comercio, la proteccion concedida contra ciertos perjuicios á ciertas clases, á las mujeres y á los menores. Segun este exámen pueden establecerse las clasificaciones siguientes: el derecho es puro y sin mezcla de otro elemento *(strictum jus, æquitas)*, ó se combina con otros principios extraños á su dominio, pero que concurren al mismo fin *(boni mores* y todas las clases de la *utilitas)*.

Una vez reconocidos los dos elementos del derecho positivo, el elemento general y el individual, se abre un nuevo horizonte para la legislacion. En efecto, como los progresos del derecho se verifican conforme á la accion recíproca de estos dos elementos, debe el legislador tener siempre ante su vista el fin general y dirigirse á él constantemente, sin poner obstáculo por esto á la energía de la vida individual. En tal camino se presentan muchas lagunas que llenar, y muchos obstáculos que destruir; pero la autoridad legislativa presta el más eficaz auxilio á la accion insensible del espíritu popular. Hay que cuidar mucho, sin embargo, de ponerse en guardia contra los puntos de vista exclusivos y arbitrarios que ahogarian la vida y el progreso del derecho. Sobre todo, es indispensable que el legislador se inspire en la libertad verdadera, que es precisamente lo que falta á los que tienen siempre en los lábios el nombre de libertad.

§ XVI.—*Derecho absoluto.—Derecho supletorio.—Derecho normal.—Derecho anormal.*

Los elementos constitutivos del derecho objetivo nos presentan un contraste que debe ser estudiado aquí, á causa de las numerosas influencias que ejerce sobre las materias de que voy á ocuparme.

Considerando la relacion que existe entre las reglas de derecho y las relaciones jurídicas que aquellas dominan (§ 5), se nota en estas reglas un doble carácter. Unas mandan de una manera necesaria é invariable, sin dejar espacio alguno para la voluntad individual: á tales reglas las llamo absolutas ó imperativas. Su carácter de necesidad puede referirse al organismo del derecho, á los intereses políticos ó, en fin, á la moral (§ 5). Otras, por el contrario, dejan campo libre á la voluntad individual, y solo cuando ésta ha descuidado manifestarse es cuando se presenta la regla pará determinar la relacion de derecho. Á dichas reglas, destinadas á suplir la expresion incompleta de las voluntades individuales, las llamo derecho supletorio. Esta distincion ha sido formalmente reconocida por los jurisconsultos romanos; así, para designar las reglas de la primera clase, emplean ordinariamente las siguientes expresiones: *jus publicum* (*a*), *jus* (*b*), *jus commune* (*c*), *juris forma* (*d*); y frecuentemente tambien indican el motivo de estas reglas absolutas por el interés del Estado (*e*) y las buenas costumbres (*f*). En cuanto á las reglas de la segunda clase, cuya naturaleza se determina por su oposicion á las de la primera, no son designadas con términos tan precisos (*g*). Los autores modernos reproducen la misma idea, cuando dicen que la ley manda, prohibe ó permite (*h*); pero se equivocan empleando estas clasificaciones

---

(*a*) L. 38 *de pactis* (II, 14), L. 20 *pr. de relig.* (XI, 7), L. 42, *de op.* (L. XXXVIII, I), L. 45, § I, *de R. J.* (L. 17).

(*b*) L. 12, § I *de pectis doc.* (XXIII, 4), L. 27 *de R. J.* (L. 17), etc.

(*c*) L. 7, § 16 *de pactis* (II, 14).

(*d*) L. 42 *de pactis* (II, 14), L. 114, § 7 *de leg.* (I, 30) L. 49, § 2 *de fidej.* (X L. VI, I).

(*e*) L. 27, § 4, L. 7, § 14 *de pactis* (II, 14). pública causa, *rex publica.*

(*f*) *Consultatio*, § 4 *passim.*

(*g*) *Rex familiares, privata, ad voluntatem spectaus.* L. 7, § 14. L. 27, § 4, *de pactis* (II, 14), L. 12, § I *de pactis dot.* (XXIII, 4), L. 27 *ds R. J.* (L. 17). Trataré en el cap. IV de la diferencia que existe entre dos especies de reglas de derecho.

(*h*) *Glück* I, § 14.—Lo que ha dado lugar á esta division es la L. 7 *de Leg.* (I, 3), donde se encuentra sin embargo un miembro de más:

solo para las leyes, puesto que ellas existen igualmente para el derechó consuetudinario. Además, la distincion entre leyes imperativas y prohibitivas se establece, segun que es afirmativa ó negativa la forma empleada por el legislador, circunstancia indiferente en sí misma y que no puede fundar una clasificacion; finalmente, no es exacto decir que la ley permite, pues solo suple una voluntad incompleta, y este permiso podria referirse exclusivamente á una prohibicion anterior, que la ley levantase ó restringiese en parte. Se colocan de ordinario en esta tercera clase, las leyes que permiten ciertas cosas á determinadas personas y que, por consiguiente, destruyen una incapacidad.

Entre las expresiones técnicas antes mencionadas, hay una que merece un exámen particular, á causa de los numerosos errores á que sus significaciones diferentes han dado lugar: la de *jus publícum*. *Publicum*, es, en general, sinónimo de *populıcum*, lo que se refiere al pueblo. *Populus* puede designar el *populus romanus*, en cuyo sentido se usa con frecuencia, ó el *populus* de una ciudad determinada (*a*). *Publicum*, puede referirse al *populus*, tomado en su conjunto: *ej*, *ager publicus*, *bonorum publicatio*, etc., ó á todos los miembros del pueblo considerados aisladamente, por ejemplo, las *res publicœ* de que han hecho uso (*b*) todos los pueblos. En cuanto á la expresion *jus publicum*, puede designar relaciones muy diferentes respecto al *jus populus*: Así, *publicum jus*, parece designar el derecho público, es decir, las reglas de derecho que tienen al pueblo por objeto, (§ 9, *a*,) las reglas de derecho en general (el derecho objetivo) que tienen su orígen en el consentimiento del pueblo (§ 7, 8) (*c*); y, por último, las reglas de derecho privado, en las cuales tiene un

---

«*Legis virtus est imperace, vitare, permitere, pemire.*» Pero en este pasaje el jurisconsulto ha querido simplemente indicar los principales efectos de la ley y no establecer las bases de una clasificacion.

(*a*) L. 15 de verborum significatione, L. 16, cod., L. 9 de usurpacion (XLI, 3.) L 5 pr. de div. rer. (1, 8), L. 7, § 5. L. 14, pr. L. 30, § I, L. 65, § I de adq. rer. dom. (XLI, I), L. 6.

(*b*) Pr. L. 72, § I, de cont. emp. (XVIII, I), L. 45, pr. de usurpacion (XLI, 3.)

(*c*) L. 8 de tut. (XXVI, I), L. 77, § 3 de cond. (XXXV, I), L. 116, § 1 de R. J. (L. 17), L. 8. 14. C. de Judæis (I, 9).

interés el pueblo *(publice interest, publica utilitas)*, y que no podrian ser sustituidas por las voluntades individuales, ó, en otros términos, las reglas absolutas (nota *a*). No solamente se aplica la frase *jus publicum* á las reglas del derecho (derecho objetivo), sino tambien á los derechos de los particulares (al derecho subjetivo). Así, se llama *jus publicum*, al derecho de todos al uso de los rios y de las calles (*a*), y *publica jura*, á los derechos particulares de los senadores, como miembros del Senado, y al de los ciudadanos, como miembros de la Asamblea del pueblo (*b*). La analogía que presentan las diversas acepciones de esta palabra, las ha hecho confundir á menudo dando lugar á graves errores (*c*).

Las reglas del derecho, difieren tambien por la naturaleza de su orígen, puesto que ellas pueden nacer del derecho propiamente dicho *(jus ó æquitas)*, ó tener un orígen extraño á él. (§ 15). Estos elementos extraños que se introducen en el derecho, alteran la pureza de sus principios, y van, por lo mismo, *contra rationem juris (d)*. Hé aquí por qué los denomino derecho anormal.

Los romanos, lo llamaban *jus singulare*, y le daban por base una *utilitas* ó una *necessitas* diferente del derecho *(e)*.

(*a*) L. I, § 16, 17, L. 3, § 4, L. 4 de O. n. n. (XXXIX, I), L. 40, *ad leg. Jul. de adult.* (XLVIII, 5).

(*b*) L. 5, § 2, d. 6 de cap. núm (IV, 5).

(*c*) Esto ha acontecido á Buchardi en su obra titulada: *Grunzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt.* (Principios del sistema del derecho de los romanos, desenvuelto desde sus ideas del derecho).Bom 1822. Considera el derecho de las personas como perteneciente al *jus publicum;* el derecho de las cosas al *jus privatum*, y las acciones como pertenecientes al uno y al otro. Estos principios me parecen erróneos; pero la sagacidad con que Burchardi las desenvuelve, dá un gran valor á su obra.

(d) L. 14, 15, 16 de leg. (I., 3), L. 141, pr. de R. J. (L. 17). Estos son en el fondo los principios expuestos por Thibaut Versuche (Ensayos), II, N. 13.

(*e*) L. 16 de leg. (I, 3) «Jus singulare est quod contra tenorem ratio»nis propter aliquam utilitatem auctoritate, constituentium introductum »est.» La expresion *jus singulare*, se encuentra tambien L. 23, § 3 de fid. lib. (XL, 5), L. 23, § I, L. 44, § I de adq. poss. (XLII, 2), L. 44, § 3 de usurp. (XLI, 3), L. 15 de reb cred. (XII, I). (Singularia quædam recepta). *La utilitas* (v. § 15) se presenta tambien como motivo del

Al derecho que tiene su orígen en el dominio propio del derecho, le llamo derecho normal. Los romanos no le dan ordinariamente ningun nombre particular; sin embargo, algunas veces, lo llaman *jus commune* (*a*). La expresion que ellos emplean más á menudo, con ocasion del *jus singulare*, es la de *privilegium*. De esta manera, existen privilegios para los testamentos militares (*b*), para ciertas clases de personas exentas de tutela (*c*), para diversos acreedores favorecidos en caso de concurso (*d*), por ejemplo, el fisco, los menores, las mujeres casadas que reclamen su dote, etc., es decir, los acreedores cuya mayor parte han obtenido el favor, aún más grande, de una prenda tácita (*e*). En todos estos casos, el *privilegium* tiene el sentido de *jus singulare*.

Profundizando el carácter del *jus singulare*, aparece que es un derecho puramente positivo, que casi siempre ha sido creado por la voluntad del legislador (*f*); sin embargo, algunas veces se refiere á antiguas costumbres nacionales,

---

jus singulare, L. 44, § I de adq. poss., L. 2, § 16 pr. emt. (XLI, 4).—*Ncessitas* que, en el fendo, no difiere de la *utilitas*, se lee en la L. 62 de R. J. (L. 17).—El *jus singulare* se dice algunas veces *benigne receptum*. L. 34, pr. *mandati* (XVII, I), emp. *Brissonius* V. *benigne et benignus*.—En muchos otros textos, este derecho singular puramenta positivo, se llama *jus constitutum*, sin ninguna relacion á las constituciones imperiales.—L. 25 de *don inter. v. et uxorem* (XXIV, I). L. I, *rer. am.* (XXV, 2). L. 20, § 3 de *statu lib.* (XL, 7), d, 9, pr., § 1 de cond. (XXXV, 1). *Alciali* parerg., VII, 26; (algunas veces tambien *jus constitutum* designa las constituciones imperales). L. 1, § 2, *quæ sent.* (XLIX, 8). El sentido de esta expresion es dudoso en los *Frag.*, *Vat.*, § 278 y L. 22, de *usuris* (IV, 32). Al derecho singular (*jus constitutum*) se opone el *jus vulgatum*, L. 32, § 24 de *don. inter. v. et ux.* (XVIV, 1).

(*a*) L. 15 de vulg. (XXVIII, 6).

(*b*) L. 15 de vulg. (XXVII, I), L. 40 de admin. (XXVI, 7).

(*c*) L. 37, §2 da escus (XXVII, 1), F. V. § 152. Pero esta expresisn se encuentran rara vez.

(*d*) V. el *tít. de reb. auct. jud.* (XLII, 5), y sobre todo, L. 24, § 2, 3, L. 32, donde son llamados *privilegiarii*.

(*e*) La expresion de hipotecas tan frecuentemente empleada en los tiempos modernos, no fué conocida de los romanos.

(*f*) *Auctoritate constituentium*. V. n. *K*.

y entonces es indeterminado su orígen, por ejemplo, la prohibicion de las donaciones entre esposos, que obedece á consideraciones morales y no á un principio de derecho (*a*). El derecho normal es al derecho anormal como la excepcion es á la regla; pero esta relacion puramente lógica no atañe á la esencia de las cosas. El derecho anormal, y esta es una consecuencia de su excepcional carácter, nos aparece como restringido á ciertas clases de personas, de cosas ó de negocios. Pero dicha relacion es indeterminada, pues estas clases no presentan ninguna idea fija; así el derecho sobre la venta sólo se aplica á los vendedores y á los compradores. Además, la relacion es excepcional y seria un error, tomarla como el signo distintivo del *jus singulare;* y en efecto, si esta proposicion fuese verdadera, podria convertirse en la recíproca, y decir que todo derecho que concierne á una cierta clase de personas ó de cosas. es un *jus singulare,* lo que no podria admitirse. Así, la usucapion de tres años, restringida por Justiníano á las cosas muebles, no es, en manera alguna, un *jus singulare;* el privilegio concedido al pupilo por la *actio tutelæ,* es un *jus singulare,* y no lo es su incapacidad; el Senado-consulto Veleyano, es un *jus singulare* de la mujer, y no lo es su exclusiva facultad de contraer matrimonio con el hombre. La limitacion del derecho á una cierta clase de personas, no es, pues, lo que constituye un *jus singulare.* Cuando se establece un *jus singulare* para una cierta clase de personas, no se trata entonces, como en el derecho normal (*æquitas),* de establecer una regla comun á todos los intereses, sino—en virtud de un principio de utilidad extraño al derecho—de constituir para esta clase una ventaja ó un perjuicio. En el primer caso, el más frecuente, el *jus singulure* se llama tambien *beneficium* (*b*). Como ejemplos del segundo caso, se pueden citar las prescripciones del derecho romano nuevo relativas á los herejes y á los judíos.

Por lo que precede se vé que el *jus singulare* tiene un carácter general y no histórico. Sin embargo, puede llegar á revestir este último, si aquel principio, extraño al derecho, acaba por asimilársele, resultando que lo que antes

---

(*a*) L. 1 de don. int. v. *et ux.* (xxiv, 1).
(*b*) Por ej. L. 1. § 2 *ad munic* (L. 1).

era *utilitas* se convierte en *ratio juris* por el trascurso del tiempo. Esto se verificó, sin duda, respecto de los modos de adquirir por medio de personas libres, como respecto á los *singularia* del préstamo (*a*).

Lo que ha producido la confusion en esta materia, es que se ha confundido el *jus singulare* con lo que se llama hoy *privilegio*, es decir, la exencion de las reglas del derecho concedida por el poder supremo del Estado á ciertas personas. Para exclarecer este asunto es preciso examinar las cosas en sí mismas independientemente de la fraseología (*b*). Dichas exenciones individuales, en general, no forman parte del derecho comun, y difieren esencialmente del *jus singulare*, si bien son como las excepciones á la regla, y se establecen por la autoridad legislativa; pero esta última semejanza es puramente accidental, pues los privilegios resultan algunas veces de los contratos.

Paso al exámen de la fraseología. En los primeros tiempos de la antigüedad, las excepciones se llamaban efectivamente *privilegia* (*c*). En las fuentes del derecho que poseemos, *privilegium* significa ordinariamente el *jus singulare*, y se encuentra, como he dicho, en multitud de textos. En cuanto á las excepciones individuales, rara vez hacen de ellas mencion las fuentes del derecho, y entonces, en lugar de emplear una expresion técnica las designan por una circunlocucion (*d*), ó bien por estas palabras: *personales constitutiones, privata privilelgia* (*e*).

(*a*) L. 1, *C, de adq. poss.* (VII, 42), L. 53 *de adq. rer. dom.* (XLI, 1) L. 15 *de reb. cred.* (XII, 1).

(*b*) Volveré á ocuparme de estos derechos en sí mismos cuando trate de las leyes.

(*c*) Así en muchos pasajes de Ciceron (*Ernesti* v. *privilegium*). Gelio X, 20, *V. Dirksen Civilistische Abhandlungen*, (Ensayos de derecho civil) tomo 1, p. 246 y siguientes.

(*d*) L. 3 inf. C. de leg. (I. 14), Const. Summa, § 4.

(*e*) L. I. § 2 de const. princ. (I. 4), L. 4 *C. Lh. de itin. num.* (XV, 3), *Cf.* § 24.

CAPITULO III.

FUENTES DEL DERECHO ROMANO ACTUAL.

§ XVII.—*A. Leyes.*

Aplicando al derecho romano actual, que es el objeto directo de esta obra (§ 1-3), lo que he dicho (§ 4, 16) sobre los orígenes del derecho en general, voy á determinar qué puesto ocupan, entre las fuentes del derecho romano actual, la legislacion, el derecho consuetudinario y el derecho científico.

Como legislacion se presentan desde luego las cuatro partes componentes del derecho justiniáneo, conocidas con el nombre de *corpus juris*, es decir, las Instituciones, el Digesto, el Código y las diversas Novelas posteriores á las tres recopilaciones primeras (*a*); pero en los límites y bajo la forma que les ha dado la escuela de Bolonia. En efecto, bajo esta forma, el derecho romano ha llegado á ser derecho comun en Europa, y, cuando cuatro siglos más tarde vinieron sucesivamente á añadírsele otras fuentes, el *corpus juris* de la escuela de Bolonia habia sido tan universalmente aceptado, se habia afirmado tanto su autoridad como base de la práctica, que los nuevos descubrimientos permanecieron en el

---

(*a*) La historia y la literatura de estas fuentes pertenecen á la historia del derecho propiamente dicho; trato aquí solamente de lo que puede considerarse como derecho todavía en vigor.

dominio de la ciencia y solo sirvieron á la teoría del derecho.

Por este mismo motivo estuvo el derecho antejustinianeo excluido de la práctica, exclusion que jamás ha sido puesta en duda. Seria irracional no aplicar á las fuentes mismas del derecho justinianeo las consecuencias de este principio. Así deben excluirse de la práctica los textos griegos del Digesto, á los cuales la escuela de Bolonia ha sustituido una traduccion latina, las restituciones poco numerosas del Digesto y las más importantes y frecuentes del Código. Así tambien, aun entre las tres recopilaciones de Novelas que poseemos actualmente (*a*), no hemos de aceptar más que el *Authenticum*, segun el cual se ha hecho el extracto de la escuela de Bolonia, conocido con el nombre de *Vulgata* (*b*). Como consecuencia inversa del mismo principio, es preciso admitir las adiciones hechas al Código por la escuela de Bolonia, es decir, las Authenticas de los emperadores Federico I y Federico II, y las mucho más numerosas de Irnerio (*c*).

Es esta una eleccion de fuentes que se limita á la influencia directa de la escuela de Bolonia, en la cual no debe buscarse un cuerpo de doctrinas exclusivas, trabajo que no ha sido nunca realizado ni entraba en su espíritu (*d*). En cuanto

---

(*a*) Recopilacion de las 168, N. Juliano *et liber Authenticorum*. *Biener Geschichte der Novellen Justinians*. (Historia de las Novelas de Justiniano). Berlin, 1824.

(*b*) *Biener*, ps. 258, 259. Aunque disputado por un pequeño número de jurisconsultos (*Mühlenbruch*, I, § 18) este punto no podria ser dudoso, pues, abandonando el principio, se cae en una arbitrariedad sin límites.

(*c*) *Savigny*, *Historia del derecho romano en la Edad-Media* III. § 195, 196.—No hay contradiccion alguna en que yo niegue aquí la autoridad y más abajo se la reconozca á las Authenticas de Irnerio por más que estas no sean más que simples glosas destinadas á mostrar la concordancia entre el Código y las Novelas. No se admitian las Authenticas sino como extractos del texto que servia para facilitar las investigaciones y las citas, y seria desconocer la autoridad que se les concede oponerlas al texto de las Novelas.

(*d*) Se ha pretendido, por el contrario, que hemos adoptado, mas bien que el corpus juri fijado por los gloradores, la practica del de-

á la crítica de los textos, aunque los glosadores hayan reunido sus esfuerzos sobre este punto, nunca nos han dado un texto incontestable al cual se le haya podido atribuir una autoridad absoluta (*a*).

Más importancia tiene el determinar en las fuentes mismas, generalmente reconocidas, materias que están aún en vigor. Sin hablar del derecho público que no tiene aplicacion en nuestros dias (§ I), muchas materias del derecho privado están enteramente abandonadas en la práctica moderna, por ejemplo, todo lo que se refiere á la esclavitud, al colonato, á la estipulacion. Esta exclusion que no debe atribuirse á la escuela de Bolonia, pues ha sido producida por la influencia que el derecho consuetudinario y la ciencia ejercen sobre la legislacion, no ha sido tampoco pronunciada de una vez y por un consentimiento unánime, sino paulatinamente, por obra de la crítica científica en los tiempos modernos que ha ido rechazando las falsas aplicaciones del derecho romano, otras veces intentada por los glosadores muy dados á desconocer sus límites naturales, como se ve en los esfuerzos que hicieron en tiempo de Federico I para dar á la autoridad imperial una base más sólida apoyándola sobre este derecho.

Lo que acabo de decir sobre la autoridad legislativa del derecho romano, ha encontrado impugnadores; así, se ha sostenido que las partes del *corpus juris* no glosadas, es decir, los textos restituidos, debian ser igualmente admisibles en la práctica. Aunque rechazada como un error evidente por la mayor parte de los autores que han escrito sobre la teoría y la práctica del derecho (*b*), esta opinion ha tenido, sin

---

recho italiano expuesta en sus obras. (*Seiden stücker Juristische Fragmente*, (Trozos de fragmentos jurídicos) Th. 2, p. 188-194). Esta opinion no puede ser admitida, pues los glosadores eran intérpretes que no se proponian exponer la practica, sino reformarla. *Savigny, Historia del derecho romano en la Edad-Media*, cap. XLI.—Tiene, sin embargo, un lado verdadero, y es que las doctrinas de los glosadores han ejercido una influencia notable en la practica del derecho romano en Alemania.

(*a*) *Savigny*, § 175, 176.

(*b*) Lauterbach, § V. N. 6, 7. Eckhard, Hermeneut. § 282, Brunnquell,

embargo, sus partidarios. Algunos han llegado hasta á dar fuerza de ley á las Novelas del emperador Leon VI (*a*), sin considerar que, al principio del siglo XVI, el dominio de los emperadores griegos en Italia habia cesado hacia ya largo tiempo, y que desde entonces falta toda via de comunicacion semejante á la que hizo llegar hasta nosotros la legislacion de Justiniano. Otros admiten los textos restituidos del derecho de Justiniano, ó al menos algunos de ellos, ó consideran su autoridad como asunto de controversia (*b*). Esta opinion tiene más apariencia de verdad. Podria, en efecto, pretenderse que si se reconoce fuerza de ley á las ediciones glosadas, y éstas han sido abandonadas y sustituidas por otras, por ejemplo, la de Godofredo, se debia conceder al texto de las últimas la misma autoridad. Pero la cuestion no ha versado nunca sobre estas circunstancias exteriores y accidentales, pues la eleccion de los textos habia sido hecha y reconocida su exclusiva autoridad mucho antes del descubrimiento de la imprenta y mucho antes de que se hubiera tratado de escoger entre las ediciones. Cabe, no obstante, sostener, que el siglo XVI, época de la mayor parte de las restituciones, era tan apto como los siglos precedentes para aceptar nuevos textos, y tenia igual capacidad para darles fnerza de ley. Pero el reconocimiento de un texto como ley, es un hecho que obedece siempre á poderosos motivos y no se verifica oculta-

---

Hist. j. II, 9, § 22. Zepernich á continuacion de Beck, de Novellis Leonis. Hal. 1779, p. 552 y sig. Gluck, I, § 53, 56. Weber, Versuche über das Civilrecht. (Ensayos sobre el derecho civil) p. 47, 49.

(*a*) Beck, de Novellis Leonis. ed. Zepernick, Hal. 1779.

(*b*) Beck, l. c., § 48. Mühlembruch, I, § 18. Dabelow Handbuch des Paudectenrechts, (Manual de derecho de Pandectas). Th. I, § 50. Hal., 1816. Este último pretende que antes se rechazaban en la práctica todos los textos no glosados; que despues del abandono de las ediciones glosadas se ha continuado rechazando las Novelas sin glosas, pero se ha admitido la autoridad de otros textos no glosados (páginas 199, 200); despues añade: «En cuanto á las *leges restitutæ* no tienen ellas autoridad alguna. (pág. 201).» No distingue aquí el autor el uso de los tiempos antiguos del de los tiempos modernos. Esta opinion tiene de original que los textos restituidos se diferencia de los textos no glosados: y hay entre estos textos la misma divergencia que entre el *Digesto* y las *Pandectas*.

mente, sino á la luz del dia y con toda publicidad; y si, por ejemplo, hubiera el *Digesto* permanecido incompleto y no se hubiera descubierto el *Infortiatum*, no por eso se hubiera dejado de darle fuerza legal; así como, no existiendo motivos para sancionar los textos aislados, restituidos en el siglo XVI, cuyas disposiciones equívocas debian ser rechazadas, á nadie se le ha ocurrido pedir su reconocimiento. Falta solamente saber si algunos de estos textos deberian por su mérito particular obtener fuerza de ley, cuestion que se ha suscitado respecto á la L. 4 del Código, *de in jus vocando*. Esta ley, restituida por Cuyacio, hiere de caducidad toda demanda que, pendiente ante un tribunal, es llevada ante otros jueces y ha sido citada en un juicio de un tribunal del Imperio como sirviendo de base á una pena conminatoria (*a*); pero si su aplicacion no fuera error de un tribunal, que no tenia el privilegio de la infalibilidad (*b*), sería preciso reconocer que los jueces imperiales alegaron voluntariamente dicha ley con

---

(*a*) Se encuentra un ejemplo en una decision de la Cámara imperial, fecha 23 de Diciembre de 1615, en el negocio Waldeck V. Paderborn y consortes, respecto al condado de Piermont. Este documento se ha insertado íntegro en *C. Mauritiuse de judicio aulico*, § 14 (*Kilon.* 1666, y en sus disertaciones y opúsculos. *Argent.* 1724, 4, p. 337). En él se lee: «Os citámos para oiros condenar, como castigo de vuestra desobediencia á la pena pronunciada por la L. última, § ult., *Cod. de in jus vocando.*» Varios autores parecen creer que la Cámara imperial ha dado una multitud de decisiones semejantes; por ej.: Audler, *jurisprud. qua publ. qua privata.* Solisbaci, 1672, 4, p. 436. *Pulter de præventione*, § 19, 90, 135. Pero de hecho la decision de 1650 es la única de este género.

(*b*) Tentado estaria á creerlo á la manera de Uffenbach, que se expresa del modo siguiente, de concilio áulico, c. 12, p. 155: «Additur interdum citatio ad videndum se incidisse in pœnm, L. últ. C. de in j. voc... Et quamvis *quod pauci hactenus observarunt*, prædicta lege ult. non authentica sed á Cujacio restituta, consequenter spuria sit. et hne adeo secure cum illa neutiquam navigari videatur, hoc tamen non obstante Dn. ab Andler quotidianam prædictæ, leg. últ., praxin confirmat, etc.» La sola prueba que se da de ello es la decision de 1650 (nota *k*). Se puede admitir con Dabelow (nota *i*), que el uso de las ediciones más completas ha dado lugar á este género de error antes imposible; pero esto no funda ninguna práctica judicial constante, y por consiguiente, ningun derecho comun.

el objeto de aumentar el brillo de su jurisdiccion suprema; pero nunca que este principio haya pasado al derecho comun de Alemania. Se ha dicho, y esto es completamente falso, que el Tribunal Supremo palatino habia aplicado la L. 12, C. *de ædificiis privatis* (VIII, 10), mientras que los motivos de su juicio niegan formalmente la autoridad de la citada ley (*a*).

Aunque, por las razones que acabo de exponer, los textos restituidos no tienen autoridad legislativa, no por eso debe desconocerse su autoridad científica; y adviértase que la ciencia tiene tambien su influencia sobre la práctica del derecho; de igual manera los textos sobre materias caidas en desuso, como la esclavitud, por ejemplo, y las fuentes del derecho antejustinianeo entran en el dominio de la ciencia. Los textos restituidos, sin embargo, por la naturaleza misma de su objeto, ocupan en ella un lugar muy secundario, porque, mientras que Gayo y Ulpiano esclarecen ciertas partes del *Digesto* que sin sus observaciones hubieran permanecido oscuras, los textos restituidos contienen, por el contrario, algunos cambios legislativos sin dar ninguna luz sobre el resto del derecho, y la sola cuestion que originan es la de saber si se deben ó no adoptar en la práctica las innovaciones particulares que contienen; por ejemplo: con motivo de la L. 22, C. *de fide instrumentorum*, si el que es parte en un litigio puede ó no pedir que un tercero le comunique sus títulos, ó con motivo de las novelas 121 y 138, de qué manera deben ser calculados los intereses que exceden del doble del capital. Sucede tambien que una cuestion de derecho respecto á la

---

(*a*) J. W. Textor, Decisiones electorales Palatinæ. Franc. 1693, 4, Decisio XX. El demandante habia invocado esta *lex restituta* (p. 78); pero el tribunal negó toda autoridad á las leyes restituidas (p. 81, 82) á menos que sus disposiciones no hubieran pasado al derecho consuetudinario; y acaso sea éste el motivo de la decision de la Cámara imperial, en el negocio Waldeck v. Paderborn (nota k.). No se concibe que Beck, de Novellis Leonis, § 48, despues de haber citado el juicio del Consejo palatino, diga con motivo de la ley 12 citada: *Excitatam tamen pariter ad causæ definitionem in supremo appellationis judicio Palatino..... docet J. W. Textor*. Esto significa evidentemente que el tribunal ha fundado su decision en la ley citada. Y precisamente ha hecho lo contrario.

cual existen textos contradictorios en el *Digesto*, se halla resuelta por una novela no glosada de Justiniano. Y en su virtud, si esta novela no alcanza fuerza de ley, tiene al ménos una gran autoridad, y los autores que han escrito sobre la práctica del derecho conceden con razon mucha más importancia á las novelas no glosadas (*a*) que á los textos restituidos.

Por tanto, aunque en algunas decisiones judiciales se hayan aplicado como ley textos restituidos del derecho justinianeo, dichas decisiones aisladas y en pequeño número no llegan á contradecir ni áun á debilitar el principio sentado más arriba reconocido, por lo demás, en todos los tiempos, tanto en la teoría como en la práctica.

Aparte del derecho romano, vamos tambien á ocuparnos del derecho canónico en tanto que ha modificado ó completado las instituciones del derecho romano. La legislacion canónica, como la romana, ha sido reconocida como derecho comun en Europa. Las solas compilaciones cuya autoridad legislativa es incontestable, son: el decreto de Graciano, las decretales de Gregorio IX, el Sextus y las Clementinas (*b*).

Por último, en la consideracion detenida del derecho romano actual, como en la del derecho comun de Alemania, es preciso no olvidar las leyes del imperio que han modificado ciertas partes del derecho privado romano. Pero estas modificaciones son mucho ménos importantes que las introducidas por el derecho canónico.

§ XVIII. B.—*Derecho consuetudinario.*

He tratado (§ 7, 12), de la naturaleza del derecho del pueblo, ó del derecho consuetudinario, y voy ahora á mostrar el

---

(*a*) Por ejemplo, la novela 162 no glosada, véase § 164.—La autoridad puramente científica de las fuentes del derecho anteriores y posteriores á Justiniano se explica por dos analogías de todo punto semejantes: tales son, la autoridad de las antiguas fuentes del derecho germánico en los países del derecho comun y la del derecho romano en Prusia, en Austria y en Francia.

(*b*) Eichhorn Kirchenrecht, I, p. 349360. Se ha disputado mucho sobre la adopcion de estas dos recopilaciones extravagantes; pero como establecen tan pocas modificaciones en el derecho privado de los romanos, único del que me ocupo, la cuestion no tiene para nosotros interés alguno.

lugar que ocupa este derecho entre las fuentes del romano actual.

Cuando Justiniano obtuvo el imperio, hacia largo tiempo que el derecho popular no existia bajo su primitiva forma. Sus partes más importantes habian pasado desde la época de la república á los decretos del pueblo ó á los edictos; la literatura científica se habia apoderado del resto que desde entónces figuró como derecho científico. En el tiempo de la decadencia de la literatura, la nacion carecia de esta energía moral que pide la creacion del derecho; y, si por acaso las circunstancias exteriores exigian una nueva institucion, la legislacion imperial era bastante para darle una forma determinada (*a*). No podria, pues, pensarse que el antiguo derecho consuetudinario subsistiera como derecho comun al lado de las compilaciones de Justiniano, porque todas estas creaciones importantes habian encontrado lugar necesariamente en el *Digesto* ó en el Código; pero la legislacion general no impedia, sin duda alguna, al derecho consuetudinario local que arreglase ciertos detalles; sin embargo, nos es permitido aventurar una conjetura sobre el valor y la extension de este derecho.

Bajo los sucesores de Justiniano, las mismas circunstancias debieron producir el mismo estado de cosas, puesto que su legislacion fué la última gran tentativa de este género, y la fuerza creadora del derecho se habia debilitado considerablemente.

La Europa se encontraba en muy diferente posicion cuando, durante la Edad Media, se introdujo el derecho romano en las naciones, en cuyo seno no habia nacido. Estas naciones estaban organizadas de manera que hacian muy difícil la existencia de un derecho consuetudinario general, capaz de modificar y de completar un derecho de orígen extranjero. Muchas circunstancias favorecian, sin embargo, el derecho consuetudinario. La adopcion de una legislacion extraña creaba una multitud de relaciones artificiales, que exigian ser reguladas por nuevas instituciones subsidiarias. Y aunque una legislacion inteligente y activa hubiera podido, sin duda,

(*a*) Se puedan citar como ejemplos el *peculium adventitium* y la *donatio propter nuptias*.

satisfacer estas necesidades, tenia el inconveniente de ser incompatible con el carácter de los gobiernos de entónces, por lo cual fué preciso recurrir al derecho consuetudinario, en virtud del cual la juventud y energía del pueblo secundasen este desenvolvimiento. La manera especial de hacerse sentir esta necesidad daba al derecho referido un carácter particular, y así, en lugar de aparecer como producido por la conciencia comun de la nacion, revistió desde luego un carácter científico, segun haré notar más abajo (§ 19).

La más señalada manifestacion de un derecho consuetudinario general, en los tiempos modernos, es la adopcion del derecho romano en los límites más arriba expresados (§ 17). Esta adopcion tuvo una significacion diferente en los diferentes pueblos de Europa, y las modificaciones que introdujo en el dominio del derecho debian hacerse sentir de muy diversa manera. En Italia, donde el derecho de Justiniano no habia cesado de existir, tomó una vida nueva y se fijaron más rigurosamente los límites de su aplicacion. En Francia, no habia desaparecido el derecho romano; pero la forma particular del derecho Justinianeo era completamente nueva. En Alemania, la adopcion de este derecho debió ser más sensible, pues el derecho romano era allí un elemento enteramente nuevo, desconocido hasta entónces, pero apropiado á las nuevas necesidades de la civilizacion que nacia, lo que nos da la razon suficiente de su introduccion. Alemania no recibió el derecho sino despues de una lucha larga y animada, que hizo resaltar más aún la influencia del derecho consuetudinario.

La manera con que fué recibido el derecho romano y circunscrito en ciertos límites (§ 17) merece predominantemente nuestra atencion, porque se ve la obra de una voluntad reflexiva é inteligente, y no el producto del acaso. No fué este un hecho instantáneo y repentino, sino un trabajo progresivo y lento, principalmente en lo que toca á la exclusion de una parte importante del citado derecho. El gran espectáculo de un derecho consuetudinario general estableciéndose en muchas naciones, aunque en épocas diferentes, nos revela el espíritu de la civilizacion moderna. Al ver á estas naciones adoptar en su conjunto un derecho nacido en un pueblo extraño con el cual varias de ellas no tenian comunidad de orígen, se reconoce que los pueblos modernos no son llama-

dos, como los de la antigüedad, á una nacionalidad profundamente distinta, sino que la religion cristiana los une por un lazo invisible, sin destruir por esto los rasgos esenciales del carácter nacional (*a*). Tal es el desenvolvimiento de los tiempos modernos, cuyo último fin está aún oculto á nuestros ojos.

Al lado del derecho consuetudinario general se coloca siempre, en los tiempos modernos, un derecho consuetudinario local, cuyos límites son más estrechos y cuya formacion, como sucedia entre los romanos, encuentra menores obstáculos. Así restringido este derecho, podia ser un verdadero derecho popular engendrado por las creencias comunes del pueblo, sin el auxilio de la ciencia. En él las antiguas ideas germánicas sobre la propiedad territorial (feudos, bienes hereditarios, bienes tributarios), se han combinado de mil maneras con el conjunto del derecho de sucesion. Estas relaciones, que se extienden más allá de la vida humana, están íntimamente ligadas con la manera de vivir, las diversas condiciones y las costumbres de cada pueblo.

De la misma suerte, en las ciudades, la comunidad de intereses crea para las corporaciones de comerciantes y de artesanos un derecho consuetudinario especial que, á consecuencia de la comunidad de bienes, modifica bajo mil formas diversas el derecho de sucesion. Sin embargo queda aquí todavía bastante espacio para la aplicacion del derecho romano. Las costumbres locales ejercen ménos influencia sobre las instituciones de orígen romano de las cuales han modificado solamente algunas, como consecuencia de necesidades renovadas todos los dias; por ejemplo, lo que se refiere al derecho de construir entre vecinos, el arrendamiento de inmuebles, etc.

Por esto las costumbres locales han tenido siempre más influencia sobre las instituciones de orígen germánico que en la trasformacion del derecho romano (*b*).

(*a*) Savigny, *Historia del derecho romano en la Edad Media*, tomo III, § 33.

(*b*) Se encuentran excelantes notas sobre este punto en Götae, *Provincialrecht der Armark.* (Derecho provincial de la marca vieja) *Motive*, I, p. II-13.

Este doble derecho consuetudinario que modifica la legislacion, el uno general y el otro local, no es solamente una fuente de derecho para el pasado, sino que lo es tambien para el porvenir.

El derecho consuetudinario, considerado en esta aplicacion particular, tiene precisamente los mismos caractéres que hemos reconocido al derecho consuetudinario en general. Se produce por la comunidad de las convicciones, no por la voluntad de los indivíduos, cuyos actos no hacen más que manifestar esta comunidad de ideas. Las costumbres, los usos que llamamos propiamente costumbres, no son pues fundamento del derecho sino signos por medio de los cuales se le reconoce. Si ahora consideramos la costumbre y la ley en cuanto á su poder, habremos de poner ambas fuentes al mismo nivel. El derecho consuetudinario puede completar, modificar ó abolir la ley (§ 13); puede igualmente crear una regla nueva, sustituyêndola á la ley que deroga (*a*).

§ XIX.—C. *Derecho científico.*

En la antigua Roma, el derecho popular, al mismo tiempo que la legislacion, habia tenido importantes manifestaciones mucho antes de que se tratara de un derecho científico; pero cuando se despertó en la nacion el espíritu de la ciencia, debió volver los ojos hácia el derecho qne le ofrecia un objeto á la vez noble y patriótico. La clase de los jurisconsultos llegó á ser casi el único representante del derecho popular, cuya forma creadora rara vez aparecia en su primitiva forma. Aunque la ciencia del derecho fué uno de los órganos de la vida científica desarrollada por toda la nacion, tuvo, sin embargo, un modo exclusivo de desenvolvimiento. Alcanzó

(*a*) El sentido y la importancia de este principio, expuesto aquí como una abstraccion, se verá cuando refute las opiniones contrarias á la mia (§ 28 y sig.) Me reservo exponer entonces las condiciones indispensables para la existencia de un verdadero derecho consuetudinario; exposicion que tendria aquí su lugar si este punto no hubiera dado márgen á numerosos y muy acreditados errores; he juzgado, pues, más conveniente establecer dichos principios de una manera crítica, añadiendo la refutacion de estos errores.

más tarde que las otras ciencias aquella madurez que le estaba reservada entre los romanos; y, cuando llegó al más alto grado de perfeccion, habia ya comenzado la decadencia para las otras ciencias y artes, circunstancia que fué una gran ventaja para la ciencia del derecho; pues, gracias á la lentitud de su desarrollo, logró la profundidad y originalidad que debian ser las bases de su influencia sobre los pueblos extraños y los siglos que habian de venir; influencia negada á los romanos en las restantes partes del dominio de la ciencia.

Si la del derecho debió su orígen á la actividad del espíritu científico de la nacion, la marcha natural de su desarrollo no fué nunca turbada por ninguna causa extraña ó accidental, en lo cual se distingue la historia del derecho de los romanos de la de todos los demás pueblos. La manera de obrar de los jurisconsultos romanos en la formacion del derecho es difícil de determinar con exactitud, á causa de nuestra natural propension á aplicar las ideas modernas á una época tan distinta de la actual. Entre los romanos, gozaban los jurisconsultos de una posicion muy elevada en razon del ejercicio enteramente libre y bienhechor de sus funciones, á causa de su pequeño número y tambien de su nacimiento. Reunidos en la capital del mundo, vivian con los pretores y más tarde con el emperador, ejerciendo sobre ellos una accion contínua é irresistible. Las opiniones que ellos adoptaban, debian influir en el progreso del derecho y cada uno de ellos, sobre todo aquel que se distinguia por la superioridad de su espíritu, debia tener una gran participacion en esta autoridad invisible. En nuestros dias se llama jurisconsnlto á cualquiera que ha estudiado el derecho para ser magistrado, abogado, autor ó profesor, es decir, casi siempre en vista de una funcion asalariada. Estos jurisconsultos son muy numerosos y están extendidos por toda Alemania; forman una sociedad, mezcla de diversos elementos, donde el mérito está muy desigualmente repartido. Su influencia sobre el derecho debe ser, pues, ménos directa y ménos personal. Es preciso un largo espacio de tiempo para que una opinion tome carácter de generalidad; y, si alguna vez un principio ó una doctrina llega á formar parte de la legislacion y á obrar así sobre el derecho, debe haber entrado por mucho el azar.

El estado de las cosas era muy diferente del de la antigua Roma, cuando en la Edad Media fué adoptado el derecho romano por la mayor parte de los pueblos de Europa. Esta adopcion dió al derecho un carácter científico (§ 18); y los conocimientos necesarios para resolver las dificultades que su aplicacion ofrecia, no podian ser comunes á todos. De tal necesidad nacieron para el derecho una escuela y una literatura, que no estaban en relacion con el estado general de la cultura intelectual (*a*). En la Edad Media, como en la antigua Roma, la ciencia del derecho tuvo un desenvolvimiento diferente del de las otras ciencias, pero diferente en sentido inverso. En la antigua Roma, la ciencia del derecho fué la última en obtener su perfeccion; en la Edad Media, se desenvolvió mucho ántes que el espíritu científico se despertase en la nacion. El aislamiento en que se encontró, durante largos años, hizo su existencia muy difícil y condenó á muchas de sus partes á una imperfeccion inevitable. Pero la energía de los esfuerzos que debieron hacer los glosadores, da á sus trabajos una noble y séria dignidad, y los resultados que obtuvieron, á pesar de posicion tan difícil, merecen hoy mismo toda nuestra admiracion (*b*).

Así pues, el derecho popular, á ménos que no estuviese encerrado en un círculo muy estrecho, se encontró desde luego incorporado con el derecho científico; y para que las necesidades prácticas obtuviesen satisfaccion, debieron ser traducidas por la ciencia (§ 18). De esta manera la ciencia del derecho tomó un carácter original: entre los jurisconsultos, la teoría se enlazó con la práctica íntimamente, ejerciendo una bienhechora influencia, así como la práctica ha salvado á veces á la teoría de una decadencia completa (*c*). Durante los siglos siguientes, ha sido cultivada la ciencia de una manera muy desigual; ha sufrido muchas vicisitudes; pero la influencia ejercida por la ciencia en la formacion del derecho ha permanecido siempre en las mismas condiciones que en la Edad Media. Los trabajos de que ha sido objeto el derecho

---

(*a*) Savigny: *Historia del derecho romano en la Edad Media*, t. III, § 32.

(*b*) Savigny, *passim*, cap. IXLI.

(*c*) Savigny, *passim* y cap. XLVII.

romano desde su adopcion, son de una amplitud tan inmensa y de una naturaleza tan variada que conviene someterlos á un exámen especial, para saber en qué sentido debemos considerarlos como fuentes del derecho y qué uso debamos hacer de ellos. Se les puede dividir en dos grandes clases, segun que traten de la teoría ó de la práctica. Mas como estas expresiones suelen oponerse la una á la otra con un sentido muy diferente, importa determinar dicho sentido con entera exactitud.

Bajo el nombre de teoría, comprendo todos los trabajos que han tratado del establecimiento de los textos, de su inteligencia ó de su exposicion como sistema de derecho. Todo esto no crea un derecho nuevo, y sólo sirve para exclarecer las reglas ya existentes; tales trabajos no pueden contarse en el número de las fuentes del derecho propiamente dichas; pero la autoridad de que gozan les da un carácter casi semejante. En efecto: aunque cada cual sea libre de criticar estos trabajos, aunque la unanimidad de los autores no estorbe á nadie la independencia de su juicio, hay, sin embargo, entre los funcionarios encargados de aplicar el derecho una clase numerosa y respetable, que, sin estar por bajo de su oficio, son incapaces de juzgar una doctrina nueva ni de formar opinion por sí mismos. Natural es, por tanto, y de desear tambien, que estos funcionarios sigan exclusivamente la opinion, no en interés de su propia comodidad, sino en interés del derecho mismo. Seria comprometido que el juez que no ha podido hacer estudios profundos quisiera tener una opinion personal sobre cada cuestion de derecho: es muy probable que su decision se resintiese de la insuficiencia de sus elementos. Corre, sin embargo, un riesgo el juez que se guia por los autores, y es, que se deje arrastrar fácilmente y en detrimento de la justicia (*a*) por la apariencia de una doctrina nueva. Pero si entre los magistrados se encuentra un verdadero jurisconsulto, éste tendrá, sin duda, el derecho de aplicar en la administracion de justicia sus propias condiciones sábia y sériamente formadas.

(*a*) Sobre la naturaleza y la importancia de la autoridad doctrinal para, la jurisdiccion véase un excelente trozo de Möser, *Patriotische Fantasien*, (Fantasías patrióticas), I, n. 22.

¿Pero, por medio de qué signos hemos de reconocer la presencia de una autoridad bienhechora? Sobre este punto es imposible formular una regla precisa. El número solo de autores unánimes sobre un principio no puede tomarse en consideracion, pues no se trata de contar los votos en pró ó en contra de una opinion controvertida. Es preciso que todos los jurisconsultos tengan una alta reputacion de sabiduría y de ciencia, que estén unánimes respecto á una opinion, y que ninguno de entre ellos haya presentado una objecion grave y fundada. Si se trata de una doctrina nueva, debe haber sido, durante cierto tiempo, objeto de la atencion pública, sin que aquí se intente fijar un número determinado de años. En este sentido puede colocarse una obra teórica entre las fuentes del derceho, pues se le reconoce un orígen cierto y legítimo. Citaré como ejemplo la doctrina sobre los dos grados de faltas que en nuestros dias ha obtenido el asentimiento universal de que habia gozado tan largo tiempo la doctrina de los tres grados. Por lo que precede se ve que esta autoridad no funda nunca nada de una manera invariable y definitiva, pues nuevas investigaciones más profundas pueden siempre modificar la ciencia, siendo tan legítimas las nuevas como las antiguas.

§ XX.—*Derecho científico* (continuacion).

Bajo el nombre de práctica, comprendo el estudio que tiene por objeto, no solo el contenido de los orígenes, sino tambien sus relaciones con la realidad del derecho, es decir, todo lo que toca á su aplicacion inmediata y á las necesidades del tiempo. La forma bajo la cual se manifiesta este estudio, la enseñanza oral, un libro ó una decision judicial, es asunto del todo indiferente ó al ménos secundario. Esta forma es órgano del derecho consuetudinario y parte del derecho científico, pues las decisiones dadas por jueces ilustrados, y sobre todo, por los tribunales colegiados, tienen siempre un carácter científico (§ 14). Aquí se reproduce la identidad del derecho consuetudinario y del derecho científico; identidad que se ha presentado como signo característico de los tiempos modernos. Comprendo en la misma clase las obras dogmáticas que tratan especialmente de la práctica y las colecciones de consultas y juicios, ya sea que emanen de un jurisconsulto, ya de

un colegio de jueces, ya de magistrados superiores. Al distinguir dos clases de obras dogmáticas, unas teóricas y otras prácticas, no pretendo que hayan de estar necesariamente separadas; se las puede encontrar en la misma obra, igual ó desigualmente repartidas.

La cuestion formulada respecto á la teoría se presenta tambien aquí respecto á la práctica: ¿en virtud de qué signo podemos reconocer la bondad y la legitimidad de una obra? El problema es aún de más alta importancia y merece un exámen particular.

Si se somete un proceso á un hombre que no haya estudiado derecho, decidirá conforme á un concepto confuso del negocio en su conjunto, y es posible que, si junta á su buen sentido un carácter resuelto, se crea muy seguro y satisfecho de su fallo. Y, sin embargo, seria casualidad muy grande que otra persona colocada en las mismas condiciones pronunciase un fallo semejante ó diametralmente opuesto. Toca á la ciencia particularizar la relacion de derecho, discernir las reglas que lo dominan, apartando así las incertidumbres que oscurecen los elementos de la decision. En esto, sobre todo, se muestra la superioridad de los jurisconsultos romanos. Tenian á su favor una terminología rigurosa y distinciones precisas establecidas entre las diferentes acciones. Mas no hay que atribuir á la casualidad estas favorables circunstancias; eran una consecuencia de la especial aptitud del pueblo romano para la formacion del derecho. Esta ventaja nos falta, y la más grande aún, de poseer un derecho original, nacido con la nacion y desenvuelto con ella; pero, á pesar de ello, tenemos necesariamente que resolver el problema, y en verdad que no nos faltan medios de hacerlo.

Examinando sin prevencion las modificaciones introducidas por la práctica de nuestros antepasados en las instituciones de orígen romano, roconoceremos que ofrecen dos caractéres muy diversos. Las unas son nacionales, es decir, que respectan á las nuevas necesidades de la civilizacion moderna, á los cambios verificados en la administracion de justicia, y, sobre todo, á las ideas morales creadas por el cristianismo. Segun los principios expuestos más arriba, se deben reconocer en estas modificaciones la fuerza y la autoridad de un derecho consuetudinario científicamente establecido. Si algunos jurisconsultos han querido equivocadamente hacer derivar

estos principios del derecho romano, su error no ataca la verdad de los mismos en nada; solo nos induce á creer que estas falsas deducciones acaso hayan sido un pretexto para dar colorido á sus doctrinas. Estos jurisconsultos se engañaban de buena fé, y, en semejantes casos, debemos profundizar el verdadero sentido del derecho romano, no para atenernos á sus principios, sino para apreciar mejor la extension y naturaleza del cambio verificado. Otras modificaciones, por el contrario, son el resultado de un simple desconocimiento, el producto de una ciencia incompleta. Tales son los errores que debemos aclarar y perseguir sin que valga atrincherarse tras una larga y pacífica posesion. Por lo demás, lo frecuente es que se funden en una contradiccion ó en un razonamiento cuya falsedad se prueba lógicamente. Todo lo que ofrece este carácter no lleva más que la apariencia de la práctica; es una mala teoría que debe siempre ceder á una teoría mejor *(a)*.

La distincion crítica de las modificaciones verificadas en el derecho romano no ha sido nunca intentada, pues ordinariamente se limitan á invocar la autoridad de tales ó cuales prácticas en pró ó en contra de la aplicacion actual de un principio, en cuyo sentido es imposible establecer una regla general. Este es un trabajo de crítica de detalles que se emprende sin que se sepa si más tarde podrán inducirse de ellos principios generales. La refutacion de los errores de la práctica forma uno de los principales objetos de esta obra: si la solucion del problema es incompleta, su inmensa dificultad me servirá de excusa. Considerada bajo otro punto de vista, la cuestion puede formularse de la manera siguiente: distinguir en el derecho romano las partes de donde se ha retirado la vida de aquellas que subsisten aún y deben siempre subsistir. La condicion esencial para obtener buen éxito en esta empresa es un sentido recto y libre de toda prevencion; y así, aquel que, por predileccion hácia el derecho romano, sueñe con establecerlo en su primitiva pureza, y el que, inclinándo-

---

(*a*) Se puede poner como ejemplo el *Summariissimum* tal como se ofrece frecuentemente en la práctica moderna. Cf. Savigny, *Recht des Besitz*, (Derecho de posesion), § 51, 6.ª ed.

se á las ideas de la práctica moderna, le atribuye una autoridad bien distinta del espíritu de sus fundadores, ambos carecen de condiciones para este trabajo; ambos tienen una superaticion: el uno considera como existente un hecho pasado ya en la historia; el otro toma sus fantasías por realidades.

La parte de la práctica que considero como elemento sano del derecho, tiene más alta importancia que los trabajos científicos. No solamente representa una autoridad respetable, sino que es una parte esencial y constitutiva del nuevo derecho. Sin embargo, no debe reconocérsele una existencia absoluta é inmutable, no porque la teoría pueda condenarla por apartarse de sus orígenes, pues subsiste á título de verdadero derecho consuetudinario, sino porque puede ser abolida por el mismo procedimiento que ha sido establecida.

La influencia de la práctica ha sido comprendida, á menudo, de una manera muy diferente. Así se ha dicho que un tribunal, cuando ha pronunciado muchas decisiones uniformes, se encuentra ligado por ellas y obligado á seguir la misma regla en lo sucesivo (*a*). Esta asercion tiene su lado verdadero, pues los juicios anteriores de un tribunal constituyen una autoridad para el mismo, y es más digno y útil seguirlos que no modificarlos ligeramente. Aquí, como en todas las costumbres, rige la ley de continuidad, de cuyos efectos he hablado (§ 12, a). Pero, si un exámen sério y profundo viene á descubrir argumentos hasta entónces desconocidos, no podrá ser censurado el abandono de la regla ni debe oponerse á este cambio, como barrera insuperable, una regla cuyo orígen es semejante al de la nueva.

La influencia ejercida por las decisiones de los magistrados superiores sobre los tribunales de su distrito, no tiene el mismo carácter, pues, independientemente de su autoridad moral, tienen estos el poder de hacer triunfar sus doctrinas, reformando las sentencias de los jueces subalternos; por consiguiente, cuando los últimos se conforman con la jurisprudencia de una magistratura más elevada, no es que ceden á la autoridad, sino que siguen el espíritu del legisla-

(*a*) Tibaut, § 16, y antes otros muchos autores. Esto punto ha sido muy bien tratado en Puchta, Gewonheitsrecht, II, p. sig.

dor, cuya sabiduría ha establecido los diversos grados de la jurisdiccion.

En toda esta investigacion he evitado de intento muchas expresiones técnicas, cuyo sentido vago é incierto ha introducido gran confusion en la materia de que me ocupo. Voy á examinar rápidamente las diversas significaciones que los autores modernos dan á dichas expresiones, y á mostrar de qué manera se refieren á las doctrinas que he expuesto.

Comienzo por la palabra *jurisprudencia*. Se llama jurisprudencia, unas veces al verdadero derecho consuetudinario, fundado en una larga série de monumentos judiciales, otras á las decisiones uniformes de un tribunal, á las cuales se atribuye fuerza obligatoria para el porvenir. Sería más conveniente no emplear nunca las palabras *jurisprudencia* y *práctica*, sino en el primer sentido, es decir, para designar el verdadero derecho consuetudinario consignado en las decisiones judiciales.

Creo necesario señalar el pernicioso abuso que se ha hecho de estas expresiones. Muchos, para establecer un principio respecto á la práctica, se contentan con algunas decisiones aisladas; pero como los tribunales no son más infalibles que los autores, pueden estas decisiones descansar sobre un error de derecho. Aquí, como para las opiniones de los autores, es preciso un acuerdo más general: allí donde los juicios se contradicen, no hay jurisprudencia que invocar (*a*).

Paso á las expresiones *observancia* ó *uso* (1), cuyo sentido es aún más vago.

Suelen reservarse estas expresiones para el derecho público, y, entonces, tienen el mismo sentido que *costumbre*, en el derecho privado (*b*). Algunas veces se aplican tambien al de-

---

(*a*) Véase, sobre el acuerdo de los autores, § 19; y sobre las condiciones que deben reunir los juicios para fundar un derecho consuetudinario, § 19, núm. 4. Débese estar en guardia contra la fórmula tan á menudo repetida: *Praxin testantur*, etc.

(1) Las palabras alemanas *Obserbanz* ó *Herlommen*, de que se vale el autor, tienen una correspondencia más exacta en castellano, traducidas por las de *observancia* (regula) y *tradicion*, respectivamente.—*(N. del T).*

(*b*) Pütter, Inst. jur. publ., § 44.

recho privado, en el sentido de derecho consuetudinario: en tal caso son palabras inútiles que conviene evitar (*a*). La inteligencia más precisa que se les dá es el de derecho consuetudinario particular, restringido á cierta clase de personas, por ejemplo, á los miembros de una corporacion (*b*). Una simple modificacion del mismo sentido, es el designar por esta expresion un estatuto tácito que esta corporacion se impone en virtud de su autonomía (*c*). Pero, es dar á la palabra *observancia* una significacion del todo diferente; el aplicarla á los contratos tácitos de los miembros de dicha corporacion (*d*); en este caso, es preferible abandonar una expresion equívoca y atenerse á la palabra *contrato*. Si se examina atentamente el asunto se verá que, la mayor parte de los que emplean la palabra *observancía*, refieren á ella la idea de derecho consuetudinario y no la de contrato. ¿Cómo, pues, se ha ocurrido referirla á esta última idea? La cuestion pide ser estudiada, y su explicacion es la siguiente: Ciertas relaciones de derecho nos dejan en la incertidumbre de saber si resultan de las

---

(*a*) Hofacker, § 127. Thibaut, § 16. Se encuentra el mismo lenguaje en muchos textos de las fuentes del derecho, § 7, J. *De satisd.* (IV, II), *cum necesse et omnes provincias... regiam urbem ejusque observantiam sequi.*—L. 2 § 24 de O. J. (I, 2), *Vetustissima juris observantia.*—Clem. 2 de apell. (II, 12), *antiquam et communen observantiam litigantium sequi.* En otros textos, *observantia* quiere decir adopcion constante de una costumbre; en los autores clásicos, respeto á la persona, Ciceron, *De Invent.*, II, 22, 53. No trato aquí de estas diversas significaciones.

(*b*) Eichhorn, Deutsches Privatrecht (Derecho privado aleman), § 40. El carácter distintivo de esta palabra es el de aplicarse á las personas y no á las localidades. Así, se emplea, hablando de la nobleza, ó de una clase de la nobleza, de un capítulo, de una corporacion, etcétera, pero no hablando de una provincia ó de una ciudad.

(*c*) Eichhorn, Kirchenrecht (Derecho eclesiástico), tomo II, p. 39-44. Puchta, Gewohneitsrecht (Derecho consuetudinario), II, p. 105, que ha determinado con más precision que ningun otro, el sentido de esta palabra y de sus sinónimos, pretende que solo debe emplearse en este caso, aplicacion de la autonomía. En efecto, si se adoptase la fraseología de Puchta cesaría toda incertidumbre.

(*d*) Maurer, Abhandlungen, N. 6. Hofacker, § 127. Thibaut, § 16. De la otra parte, véase Eichhorn, p. 41.

prescripciones del derecho consuetudinario, ó de un contrato tácito entre las partes interesadas. Esta duda, ó, más bien, la percepcion confusa de este punto, ha llevado naturalmente al empleo de la vaga palabra *observancia*. Pero, lejos de remediar el mal, la adopcion de esta palabra, lo ha hecho irremediable, porque, disimulando la duda, se ha renunciado á esclarecerla.

Voy á terminar con el exámen de la expresion *communis opinio*, á la cual se daba antes una importancia extraordinaria. Comprendíase bajo esta denominacion, una opinion de los jurisconsultos, de tal manera unánime, que nadie pueda sustraerse á su autoridad. La gravedad de este resultado hizo que se buscasen reglas seguras para hacer constar dicha legitimidad, como hizo Valentiniano por una ley (*a*), lo cual era abandonarse en el camino de la arbitrariedad, y someterse á reglas extravagantes. He dicho ya (§ 19), lo que significa opinion comun y qué valor debe concedérsele. Por lo demás, los autores modernos no emplean casi nunca la expresion técnica *communis opinio*.

§ XXI.—*Fuentes accesorias del derecho.*

Hasta aquí, he considerado las fuentes del derecho romano actual como si existiesen solas é independientes de las demás. He debido colocarme en este punto de vista, para estudiarlas de una manera completa y en toda su fuerza; pero, en ningun país en donde ha sido adoptado el derecho romano, han existido las fuentes del derecho, aisladas unas de otras. Debo, pues, examinar otras fuentes, con las cuales han estado en contacto, y cuyo conjunto forma la realidad viva del derecho.

En todos los paises le han encontrado, desde luego, en presencia de un derecho nacional; en Alemania, por ejemplo, al lado del derecho germánico; y, de la misma suerte, en otros paises, particularmente en Francia. La combinacion de estas dos especies de derecho, en su aplicacion, fué siempre materia difícil y complicada, y un problema, cuya solu-

---

(*a*) Puchta, Gewohnheitsrecht (Derecho consuetudinario), I, p. 163.

cion constituia uno de los objetos más importantes de la ciencia, sobre todo, en su parte práctica (§ 20).

Al lado del derecho extranjero, existia la legislacion nacional que, en su desarrollo, unas veces conciliaba los dos derechos, y otras, independientemente de este conflicto, organizaba y fijaba los nuevos elementos suministrados por la práctica (§ 20). Así, encontramos en Alemania un derecho territorial, que, en unas ocasiones, abraza todo el país, y en otras, una sola provincia, derecho cuya importancia y extension varían segun los Estados. Paralelamente á este derecho territorial, se presenta el derecho comun, definido (§ 2), que tiene el carácter de un derecho *supletorio*, y solo se aplica cuando el derecho territorial no tiene disposicion en contrario. Y hé aquí uno de los casos en que aparece la necesidad de que el derecho se desenvuelva por la legislacion, que á su vez, precisamente, tiene por único objeto el desenvolvimiento del derecho. Pero seria desconocer la relacion que existe entre el derecho territorial y el derecho comun estimar al primero como aplicable á la mayor parte de las dificultades, y creer que el derecho comun solo se aplica en ciertos casos raros y excepcionales. Por el contrario, el derecho comun goza de preeminencia en todas partes donde se reconoce su imperio, y donde no ha sido reemplazado por nuevos códigos.

Los códigos nacionales, en efecto, han trasformado completamente, en nuestros dias, todas las fuentes del derecho en una gran parte de Europa. En Prusia y en Austria, esta trasformacion se ha operado por el desenvolvimiento interno del derecho; en Francia, la razon política ha entrado por mucho; fué una consecuencia de la revolucion, que habia destruido muchas instituciones y que provocaba borrar, por medio de la uniformidad del derecho, el recuerdo de la antigua division de las provincias. Estos nuevos códigos eran exigidos por la necesidad interna que habia hecho nacer un gran número de leyes particulares, en diversos paises. Se queria terminar el conflicto entre las instituciones romanas y las instituciones germánicas, y anular las dificultades engendradas por las teorías confusas y la práctica, á menudo incierta, de los siglos anteriores (§ 19, 20). Tal fin no podia ser conseguido hasta que la crítica, por medio de profundos estudios, hubiese libertado á la ciencia de sus imperfecciones. Pero, encontrándose el legislador bajo la influencia del mal

que trataba de remediar, no podia establecer otras mejoras exteriores, accidentales y limitadas; y, mientras tanto, predominaban los errores fundamentales, así fijados, en un texto, y la accion contínua y benéfica de la ciencia se encontraba en suspenso, ó al ménos ligada y sujeta.

Estos nuevos códigos se distinguen de las leyes particulares producidas anteriormente por la extension qne alcanzan y por su carácter exclusivo, pues constituyen otros tantos sistemas sobre la universalidad del derecho. Así, por ejemplo, aunque los redactores del Código prusiano no quisieran modificar los materiales del derecho, sino presentarlos bajo mejor forma, la fuerza orgánica que existe en el fondo de toda teoría los condujo, á su pesar, más allá del objeto que se habian propuesto; y si hubiesen previsto las consecuencias á que fueron llevados, acaso les hubieran movido á ser más reflexivos, sobre la naturaleza misma de su empresa.

El carácter exclusivo de estos códigos estableció, en cuanto á la forma, una nueva base del derecho positivo, pues, una vez aplicados los textos, llegó á ser imposible la aplicacion directa del derecho romano; pero, en cuanto al fondo, las reglas y los principios que se desprenden de las antiguas fuentes, continúan subsistiendo en las nuevas leyes, y, para llegar á su completa inteligencia, es preciso volver sobre su orígen. No es hoy, por consiguiente, estudio inútil, como algunos han creido, el de las antiguas fuentes del derecho.

Tal es el motivo que me ha impulsado á tomar, como asunto de mi obra, el derecho romano actual. Este derecho se aplica hoy directamente en los países en donde las antiguas fuentes del derecho están todavía en vigor; sirve además para profundizar en los códigos modernos, y su estudio será siempre la fuente más fecunda y vivificadora de la ciencia y la práctica jurídica.

§ XXII.—*Principios de los romanos, sobre las fuentes del derecho en general* (*a*).

Voy á enlazar con la exposicion que precede, sobre la naturaleza de las fuentes del derecho, los principios adoptados por los romanos sobre esta materia. Pero antes de determinar su autoridad y valor, debo irlos enumerando. Tambien el derecho canónico y las leyes del Imperio tienen alguna relacion con este asunto; mas ofrecen poca importancia, y será mejor incluirlos como apéndice.

La enumeracion de las fuentes del derecho, tal como se encuentra en varios pasajes de los jurisconsultos romanos, no se funda en ninguna idea sistemática. Es más bien una exposicion de las formas exteriores del derecho sin referirse á su esencia, ni á su orígen, ni á una clasificacion que se fundase en las relaciones y diferencias de su contenido. La enumeracion que, por lo demás, responde perfectamente al espíritu práctico de los romanos, servia al juez de indicacion para saber en dónde habia de encontrar los medios para resolver una cuestion de derecho. A esta manera exterior de considerar la cuestion, á este fin, se apropiaba perfectamente la division, muchas veces repetida, del derecho en *jus scriptum* (*b*) y *non scriptum*, expresiones que deben entenderse literalmente y á las cuales los mismos romanos daban tan poca importancia, que llamaban *jus scriptum* al derecho que tiene su orígen en un texto escrito (*c*). Muchos jurisconsultos

---

(*a*) *Puchta Gewohuheitsrecht*, L. I, cap. 4, 5, 6.

(*b*) § 3, 9, 10, *J. de jure nat.* (I, 2), L. 6, § I, *de J. et J.* (I, 1). L. 2 § 5, 12 *de orig. jur.* (I, 2). Hé aquí un pasaje de Ciceron que resiste á todas las sutilezas: *de pactit. orat.* C 37: «*sed propia legis et ea quæ scripta sunt, et ea quæ sine litteris, aut gentium jure aut majorum more retinentur.*»

(*c*) Así el edicto pretoriano pertenecia al *jus scriptum* aunque se fundase en la costumbre. Al adoptar el pretor el derecho consuetudinario lo recomponia, le daba un carácter de certidumbre que, para la práctica, le daba aspecto de derecho nuevo. *Los responsa* de los jurisconsultos entraban igualmente en el *jus scriptum* porque la escritura servia para fijar su autoridad. Pero un principio de derecho consuetu-

modernos, no se contentan con una explicacion tan sencilla, y llaman *jus non scriptum*, al derecho no promulgado, es decir, el derecho consuetudinario, sin tener en cuenta el empleo ó la ausencia de la escritura (*a*). Otros concilian las dos opiniones, dando á dichas palabras dos sentidos, uno científico, otro gramatical, que cada uno puede adoptar á su arbitrio (*b*).

Gayo enumera así las fuentes del derecho: leyes, pleblíscitos, senado-consultos, constituciones imperiales, edictos, respuestas de los prudentes (*c*). Las instituciones de Justiniano reproducen la misma enumeracion, añadiendo el derecho no escrito (*d*). Pomponio comienza por hacer una exposicion cronológica de las fuentes del derecho que resume en las siguientes clases: *lex, prudentium interpretatio, legis actiones,* plebiscitos, edictos, senado- consultos, constituciones imperiales (*e*). Por último, Papiniano concuerda con Gayo, salvo que sustituye, como Pomponio, á las respuestas de los prudentes, la expresion más general de *auctoritas prudentium* (*f*). Las diferencias de estos textos se refieren al órden seguido en la enumeracion de las fuentes, á la admision ó exclusion del derecho no escrito, á la manera de considerar el derecho de los jurisconsultos, y en fin, á la adicion de

---

dinario no se convertia en *jus scriptum* porque un jurisconsulto lo insertase en sus ebras ó lo adoptase como verdadero, porque esto nada tenia que ver con el orígen del derecho.—V. *Thibaut* § 10.—La explicacion que da Zimmern, I, § 14 es mucho más sutil y está más lejos de la verdad.

(*a*) Hübner, *Berichtigungen und Zusathe zu Hopfuer*, p. 152.

(*b*) Glück, I, § 82, se extiende largamente sobre este punto, é indica los autores que lo han tratado antes de él.—Este error tiene su orígen, pero no su justificacion, en la L. 35, 36 *de legibus* (I, 3).—La opinion que combato tiene, sin embargo, esto de verdadero: que el derecho escrito fijado por una letra invariable tiene un más alto grado de certidumbre que el derecho consuetudinario. Pero la autoridad legislativa no es de ningun modo una condicion indispensable, pues el pretor creaba derecho exento sin ser legislador.

(*c*) Gayo, I, § 2, 7.

(*d*) § 3 *de jur, nat.* (I, 2).

(*e*) L. 2, § 12, *de orig. jur.* (I, 2).

(*f*) L. 7, *de J. et J.* (I, I).

las *legis actiones* hecha por Pomponio. Esta última diferencia se explica fácilmente. En un resúmen de la historia del derecho, podia Pomponio hablar de una materia cuya mencion hubiera estado fuera de lugar en una obra sobre la práctica.

La enumeracion de las fuentes del derecho se encuentra tambien en varios tratados de retórica. Un pasaje de los Tópicos de Ciceron se asemeja mucho á los textos de los jurisconsultos más arriba citados, lo cual se explica perfectamente por la naturaleza de la obra (*a*). En otros se hallan especulaciones sistemáticas sobre el orígen del derecho, pero vagas y confusas, limitándose á las manifestaciones exteriores del derecho (*b*). La confusion es tan grande, que se incluyen entre las fuentes los hechos individuales del hombre que sirven de base á las relaciones jurídicas, confusion en la cual no han caido los jurisconsultos (*c*).

Los autiguos jurisconsultos han definido con más exactitud ciertas divisiones del derecho que tenian un gran interés práctico. Me refiero á estas dos divisiones: *jus civile* y *jus gentium*, *jus civile* y *jus honorarium* (*d*). Hé aquí el sentido de la primera. Luego que Roma hubo establecido relaciones con los pueblos vecinos, se vió obligada, independientemente del derecho nacional, á aplicar, y por consiguiente, á conocer, el derecho de estos pueblos; y no solamente el derecho particular de cada uno de ellos sino tambien el comun á todos. Al extender su dominacion los romanos, se multiplica-

---

(*a*) Ciceron, *Top.* cap. 5, «*ut siquis jus civili dicat, id esse quod in legibus, senatus-consultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritates, edictis magistratum, more œqvitate consistat.*»

(*b*) Ciceron, *De invent.* II, cap. 22, 53, 54; *de part. orat.*, cap. 37. *auctor ad* Hereunium, II, cap. 13.

(*c*) Por ej. Ciceron, *De par. orat.* El derecho se deriva de la naturaleza ó de la ley. Esta es escrita ó no escrita. La ley escrita se hace por la autoridad pública, *lex*, *senatus-consultum*, *fœdus*, ó por los particulares *tabulœ*, *partium conventum*, *stipulatio.* Los contratos figuran tambien en la definicion de la ley no escrita. Los pasajes citados más arriba tienen el mismo sentido.

(*d*) *Cf. Dirksen, Eigenthümlicykeit dejus gentium, Rhein Museum*, vol. I, p. I, 50.

ron sus relaciones, su círculo se hubo de extender, y ensanchó naturalmente, la idea abstracta de un derecho comun á los romanos y á todos los pueblos (*a*). Esta idea, empíricamente adquirida, no era en rigor verdadera, y, ni aun los romanos mismos se equivocaban respeto al valor que realmente tenia, pues, en primer lugar, ellos no conocieron todos los pueblos, y, en segundo, no habian tratado de inquirir si cada uno de estos principios del *jus gentium* estaba, en efecto, admitido en los pueblos que conocian. Supuesto este carácter de generalidad relativa, debió buscarse su orígen, y se le encontró en la *naturalis ratio*, es decir, en las ideas de derecho naturalmente comunes á todos los hombres (*b*), de donde se desprende, como consecuencia necesaria, la inmutabilidad de tal derecho (*c*). Pero se limitaron á establecer este orígen como principio, sin deducir sus consecuencias, ni someter cada una de las reglas del *jus gentium* á un exámen riguroso.

La comparacion del derecho nacional de los romanos con el derecho general, ofrece los resultados siguientes: Algunas instituciones, y las reglas que é ellas se refieren, son comunes al *jus gentium* y al *jus civile:* tales son, los contratos más usuales; venta, arrendamiento, sociedad, etc.; la mayor parte de los delitos, en tanto que traen como consecuencia la reparacion de daños; la tradico, incomo modo de adquirir la propiedad, el cual, segun el derecho civil, se aplicaba á las cosas *nec mancipi*; por último, la esclavitud hereditaria. Un mayor número de instituciones pertenecen exclusivamente al derecho civil: el matrimonio, que, aún bajo la forma libre, solo era posible entre ciudadanos romanos que tuviesen ciertas condiciones rigurosamente determinadas; la autoridad paterna que servia de base á la agnacion; la ma-

---

(*a*) *Omnes homines, omnes gentes, gentes humanæ* Gayo, I § I. L. 8, l. I, § 4, de 3, et J. (1).

(*b*) Gayo, I, § I, 189; II, § 66, 69, 79, L. 9 de J. *et* J. (I 1) L. I, pr. de adq. rer. dom. (XLI, I).—En las obras de retórica se le llama ordinariamente *natura* (n. a. 193).—He indicado el orígen de esta opinion al fin del § 8.

(*c*) L. II, de J. *et* J. (I, 1), § II de jur. nat. (I, 2).

yoría de los medios de adquirir la propiedad, y, que eran los más importantes, como la mancipacion, usucapion respecto á obligaciones, la *verborum* y la *literarum obligatio*; los delitos en cuanto sometidos á ciertas penas, y en fin, el derecho de sucesion.

Sin embargo, la mayor parte de estas instituciones del derecho positivo están fundadas en la naturaleza misma del hombre y existen tambien en el derecho de otras naciones, aunque bajo otra forma. Por eso, cuando Roma extendió sus relaciones con otros pueblos, reconocieron los tribunales romanos, en la práctica, instituciones del derecho general correspondientes á las instituciones del derecho civil. Así admitieron un matrimonio segun el *jus gentium*, tan válido como el matrimonio civil, aunque privado de algunos de sus efectos. Al lado de la agnacion admitieron una *naturalis cognatio*; al lado de la propiedad *ex jure Quiritium*, la propiedad *in bonis*; y al lado de las formas rigurosas de la estipulacion (*spondes, spondeo*), formas más libres accesibles á los extranjeros. El derecho de sucesion, de naturaleza enteramente positiva, resistió más tiempo la influencia del derecho general, y sin embargo, á esta influencia es preciso atribuir las extensiones progresivas de la sucesion *ab intestato* de los cognados.

Segun lo que precede, se ve que no hay oposicion completa entre el derecho nacional y el derecho general (*jus civile* y *jus gentium*), pues una gran parte del primero se encuentra tambien en el segundo (*a*). Por otra parte, esta parcial oposicion debia disminuir con el trascurso del tiempo, porque dos sistemas de derecho en contínuo contacto, aplicados por los mismos jueces, tienden naturalmente á asimilarse.

Más fácilmente todavía se explica la identidad de dos expresiones, que empleo como sinónimas: *jus gentium*, derecho que se encuentra en todos los pueblos conocidos; *jus naturale*, derecho fundado en la naturaleza del espíritu huma-

---

(*a*) Bajo este punto de vista, el contraste tiene analogía con el de *jus scriptum* y *æquitas*, *jus* (ó *juris ratio*) y *utilitas*. Las consideraciones generales que he presentado sobre este punto, § 15, encuentran aquí una especial aplicacion histórica.

no (*a*). A pesar de que estas son dos formas de la misma idea, debe ser considerada como predominante la primera, pues, bajo el punto de vista de los romanos, el *jus gentium*, como el *jus civile*, era un derecho positivo que tenia su historia, su orígen y sus desenvolvimientos. A medida que el pueblo romano, asimilándose los pueblos conquistados, perdia su individualidad, el *jus gentium*, más apropiado á la inmensa extension del imperio y al nuevo estado de cosas, debia crecer en importancia, como nos lo muestra la legislacion de Justiniano. Esta gran revolucion fué obra de la necesidad; no hay en su realizacion arbitrariedad ni sabiduría, nada que alabar ni vituperar. Lo único digno de alabanza es que esta necesidad fué apreciada con una exactitud sin ejemplo y la letra del derecho puesta en armonía con su espíritu de la manera más hábil que pudiera esperarse del siglo VI.

El mayor interés práctico de la oposicion de los dos sistemas de derecho, consiste en que su aplicacion se funda en el estado personal de los indivíduos. El derecho civil propiamente dicho, era propiedad exclusiva de los ciudadanos romanos; con el tiempo se concedieron á los latinos algunas de sus instituciones; pero su goce estuvo siempre prohibido á los extranjeros, miéntras que el *jus gentium* se extendia á todos los hombres que tenian la capacidad de derecho. La misma distincion se reprodujo respecto á los inmuebles: así ciertas partes del derecho referente á las cosas se aplicaban exclusivamente segun que pertenecian al derecho civil (ejemplo: la mancipacion, la usucapion), ó al *jus gentium* (ejemplo: la tradicion).

Se puede preguntar aquí de qué manera se refieren estas distinciones á la division del derecho en escrito y no escrito. Ordinariamente no se habla del derecho no escrito sino á propósito del *jus civile*, como si fuera una subdivision de éste; pero la restriccion no está fundada en la realidad de las cosas; y hé aquí la razon: el *jus gentium* resulta de la

(*a*) Esta terminología puede considerarse como la adoptada por los jurisconsultos romanos. Existia, sin embargo, otra que contenia un miembro más: *jus naturale*, *gentium*, *civile*. Hablaré de esta cuestion en el *apéndice* núm. 1.º

comparacion del derecho de muchos pueblos, por lo cual, respecto á él, no se trata de textos, aunque algunos de los pueblos tengan leyes escritas; así, pues, el *jus gentium* primitivo, á ménos que no se hubiese insertado en el edicto, formaba para los romanos parte del derecho no escrito, y nos aparece como una subdivision paralela al derecho consuetudinario nacional (*mores majorum*). Por lo demás, esta idea sólo se encuentra expresada en Ciceron (*a*).

Réstame señalar una nueva relacion entre las dos clases de derecho que acabo de caracterizar. Como el *jus gentium* en Roma formaba un sistema de derecho positivo de una aplicacion práctica, debió necesariamente experimentar la influencia de las prescripciones del *jus civile*. Si, por ejemplo, el *jus civile* prohibia el matrimonio en un cierto grado de parentesco, el *jus gentium* no lo hubiera permitido en Roma, aunque el derecho de los pueblos extranjeros reconociese su validez (*b*). De igual modo, los contratos prohibidos por el *jus civile*, como las deudas de juego ó los intereses usurarios, no daban lugar á una *naturalis obligatio*. Hé aquí cómo Ciceron expresa (*de part. orat.*, cap. 37) esta accion del *jus civile* sobre el *jus gentium*: «Atque etiam hoc in primis, ut *nostros mores legesque* tuamur, quodammodo *naturali jure præscriptum est*. No tengo necesidad de decir que esta accion del derecho civil está circunscrita á las reglas que tienen el carácter de un derecho absoluto (§ 16).

La otra division del derecho es la de *jus civile* y *jus honorarium* (*c*). En cuanto á sus resultados prácticos no debe creer-

---

(*a*) Ciceron *de part. orat.*, cap. 37. véase nota *b*.

(*b*) § 12, J. *de nupt.* (I, 10 v. § 65. nota *b*.—El *jus gentium* puede entónces ser examinado de cualquier manera bajo un doble punto de vista, el uno teórico, el otro práctico, segun que se estudie el orígen del derecho mismo ó su aplicacion entre los romanos.

(*c*) L. 7, pr. de J. et J. (I, I), L. 2, § 10 de oríg. jur. (I, 2). § 7, J. de jur. nat. (I, 2). Así, pues, *jus civile* tiene muchas significaciones diferentes: 1.°, derecho privado (§ I); 2.°, derecho positivo de un pueblo cualquiera; 3.°, derecho privado de los romanos, § 1, 2, 3, J. de j. nat. I, 2), L. 6, pr. L. 9 de J. et J. (I, I); 4.°, el derecho romano, con exclusion del *jus honorarium*, L. 7 de J. et J. (I, I); 5.°, todo derecho al cual no pueda aplicarse una designacion especial, L. 2, § 5, 6, 8, 12 de oríg. j. (I, 2).

se que el *jus civile* tuviese una autoridad superior á la del *jus honorarium*, y que debiese serle preferido en caso de colision: la diferencia que en este punto existia era que el *jus honorarium*, emanado de un magistrado, se limitaba al círculo de su jurisdiccion y á la duracion de su ejercicio, mientras que el *jus civile* era susceptible de abrazar todo el tiempo y todos los territorios del imperio (*a*). Este es el sentido que expresan las palabras *lex* ó *quod legis vicem obtinet* (*b*) aplicadas al *jus civile*, y que emplean los jurisconsultos romanos cuando tratan de asignar este carácter á una de las fuentes del derecho (*c*). Esta distincion, enteramente práctica, tenia una base más profunda. Los decretos del pueblo, los senado-consultos y las constituciones imperiales creaban realmente un derecho nuevo, mientras que el pretor en su edicto no constituia el derecho, para lo cual no tenia facultad: declaraba solamente cómo entendia el derecho y los principios que seguiria en el ejercicio de sus funciones. Así, habia reglas establecidas *ipso jure*, otras *jurisdictione, tuitione prætoris*.

La distincion será aún más clara si se relaciona con lo que he dicho precedentemente, de donde resulta que el *jus honorarium* pertenece exclusivamente al derecho escrito, y

---

(*a*) No digo que su autoridad fuese general, sino que lo podia ser. Así, por ejemplo, los edictos de los emperadores tenian fuerza de ley en todo el imperio, aunque fuesen dados para una provincia ó para una ciudad. Los *responsa*, y en su orígen los rescriptos, se aplicaban á un solo negocio, y en este sentido tenian muy restringida su autoridad; pero regian en todo el imperio: los edictos de los magistrados no traspasaban los límites de su jurisdiccion.

(*b*) Gayo, IV, § 118. *Exceptiones..... omnes vel ex legibus, vel ex his quæ legis vicem obtinent substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt.* L. 14 de condit. inst. (XXVIII, 7).—Lo que dice Gayo de pasada sobre las excepciones, se aplica igualmente á las demandas.

(c) Alcanzan *legis vicem*: 1.°, los senado-consultos, Gayo, I, § 4; 2.°, las Constituciones de los emperadores, Gayo, I, § 5, L. I, pr. de const (I, 4)); (tambien los *imperiales contractus*, L. 26, C. de don. int. vir. et uxor., V 16); 3.°, las *responsa*, Gayo, I, § 7; 4.°, el derecho consuetudinario, L. 32, § I, L. 33 de leg. (I, 3), «pro lege.» L. 38 cod. «vim legis.» L. 3, C. quæ sit longa cons. (VIII, 53) «legis vicem,» § 9, J. de jur. nat. (I, 2) «legem imitantur.»

que sólo el *jus civile* puede pertenecer al derecho no escrito. No aparece tan clara la relacion del *jus honorarium* con el *jus gentium*; pero sería gran error considerarlos como idénticos: el edicto del *prætor urbanus* contenia muchas reglas peculiares al derecho romano, y admitia además, en vista de la *utilitas* (*a*), más de un principio contrario á la *naturalis ratio* (§ 15). No se debe, pues, considerar el *jus civile* y el *jus honorarium* como subdivisiones del *jus civile* en oposicion al *jus gentium*, porque los edictos provinciales, semejantes al derecho local, contenian muchas reglas del *jus gentium*, cuyo derecho alcanzaba aún más extension todavía en el edicto del *prætor peregrinus*. Solamente podemos afirmar que, por medio del *jus honorarium* se operó la transicion de muchos elementos del *jus gentium*, que pasaron de esta manera al *jus civile* de los romanos. Por último, cabe preguntarse si el derecho pretoriano, en tanto que constituye un nuevo derecho, y sobre todo en tanto que modifica el *jus civile*, es una ley ó una costumbre. Se ha reconocido que estas modificaciones se verifican en virtud del derecho consuetudinario, y no en virtud de la autoridad legislativa del pretor (§ 25 *t.*); sin embargo, sería equivocarse considerar al pretor como simple redactor del derecho consuetudinario. Sin duda alguna que sus materiales los proporcionaba la costumbre; pero en cuanto á su ejecucion, á los desenvolvimientos y á las modificaciones de detalle; en cuanto á las lagunas que habia de llenar (*corrigendi, supplendi, juris civilis*), gozaba de una completa independencia (*b*). Así, de hecho, los pretores tenian gran participacion en la formacion del derecho; pero su renovacion anual la restablecia en manos del pueblo. Era éste un poder popular con un carácter aristocrático.

(*a*) Duroi, *Archiv.*, V., VI., p. 308, 309, 393 presenta ejemplos de conflictos semejantes entre el edicto y el *jus gentium*.

(*b*) Ciertos textos nos presentan el edicto como fundado en el derecho consuetudinario (§ 25, *t.*); otros oponen el derecho consuetudinario al edicto, por ej., Gayo, III, § 82: «neque lege XII, tabul., neque prætoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est;» y § 3—9, J. de j. nat. (I, 2). Esta contradiccion aparente es fácil de explicar, en vista de que los últimos textos hablan del derecho consuetudinario que ha conservado su forma primitiva y que no ha pasado al edicto.

Lo que acabo de decir respecto á la manera que tenian los romanos de considerar las fuentes del derecho, es exacto durante todo el tiempo que permaneció con alguna vida la ciencia jurídica. Posteriormente á esta época, esto es, desde los emperadores cristianos, las ideas cambiaron completamente y, no hubo más que dos fuentes de derecho: las *leges* y el *jus*, es decir, los edictos de los emperadores y los escritos de los jurisconsultos; pues estas dos formas habian absorbido todos los antiguos elementos del derecho (§ 15, nota *a*). Valentiniano III sometió á reglas la autoridad de los jurisconsultos ante los tribunales (§ 26), y la legislacion de Justiniano simplificó aún más las fuentes del derecho. Dió fuerza de ley á una parte de la literatura científica, quitó toda autoridad á la otra parte más considerable, y abandonó y prohibió la formacion de ninguna obra nueva (§ 26). Constituido así el Digesto, no como *jus* sino como *lex*, puede decirse que las fuentes del derecho se redujeron á las constituciones imperiales, salvo una especie de derecho consuetudinario encerrado en límites muy estrechos de que hablaré enseguida.

Las divisiones generales del derecho en *jus civile* y *jus gentium*, *civile* y *honorarium* no debian figurar en la legislacion Justinianea más que como hechos históricos, pues habian perdido su importancia práctica, sino toda aplicacion. Así, en principio, era siempre verdad que solo los ciudadanos romanos podian contraer un matrimonio revestido de todos los efectos civiles, ejercer el poder paterno, hacer un testamento, y ser instituidos herederos; pero el principio habia perdido su importancia á causa de la rareza de su aplicacion, puesto que los *peregrini*, únicos á quienes se negaba entonces esta capacidad, eran los extranjeros. Y, aún para estos mismos, no tuvieron dichas incapacidades igual importancia, pues desde la novela 118 se defirió la sucesion *ab intestato* sin considerar la agnacion.

§ XXIII.—*Principios de los romanos sobre las leyes.—Fuentes.*

Poco es lo que nos dicen las fuentes del derecho sobre las antiguas formas de la legislacion. Se reduce á lugares comu-

nes y consejos insignificantes para el legislador (*a*). Es verdad que los jurisconsultos romanos nos dan importantes nociones sobre el lugar que ocupaban en el derecho público las diversas clases de decretos del pueblo y sobre la autoridad legislativa del Senado; pero estas materias eran recuerdos puramente históricos en tiempo de Justiniano, el cual no las admitió en sus compilaciones (*b*).

Las indicaciones y las reglas tocantes á la legislacion imperial, son más importantes y completas. Estas reglas tenian aún aplicacion en tiempo de Justiniano, y, en nuestros dias, han conservado parte de su interés. Sobre este punto Gayo y Ulpiano concuerdan en decir que las constituciones obtienen *legis vicem*, porque cada emperador recibe su *imperium* en virtud de una *lex* (*c*); y distinguen tres clases de constituciones: los edictos, los decretos y los rescriptos, á los cuales es preciso añadir los mandatos.

I. *Edictos.*—El nombre de esta clase de constitucion y el derecho de hacer uso de ella, tiene relacion directa con las instituciones de la república. Los edictos eran reglamentos ú ordenanzas dados por los emperadores en virtud de la magistratura de que estaban investidos, ordenanzas semejantes á los edictos que los pretores, procónsules, etc., expedian antes del establecimiento del imperio y que continuaron dándolos aún despues del cambio de instituciones. El que los emperadores descuidaran por el pronto emplear los edictos como instrumento para los actos más importantes de su autoridad suprema, se debe principalmente á dos circunstancias, á saber, que se esforzaron largo tiempo en gobernar conforme á las antiguas formas, y, además que los edictos,

---

(*a*) L. 3,—6, 8, 10—12, *de leg.* (I, 2).

(*b*) El texto mutilado de Ulpiano, tít. de leg., § 3, confirma esta suposicion. V. Blume Zeitssch, *f. gesch Rechtsw* (Revista de C.ª H.ª del Derecho), IV, 367.

(*c*) Gayo, I, § 5.—L. I, de const. princ. (I, 4) de Ulpiano reproduce el § 6, J. de J. nat. (I, 2). No es este el lugar de examinar por qué en el Digesto y en las Instituciones, la *Lex Regia* no ha conservado su sentido primitivo.—Ordinariamente la palabra *constitutio* designa todas las clases; algunas veces solo los edictos por oposicion á los rescriptos. L. 3, C. si minor. (II, 43).

si se circunscribian á sus límites, no se adaptaban á una legislacion general. En efecto, si el emperador daba un edicto en virtud de su *tribunitia potestas*, este edicto, como la autoridad de los tribunos, no podia aplicarse fuera de Roma; si el emperador usaba de su *proconsularis potestas*, su edicto solo tenia autoridad en las provincias que le correspondian segun la division de provincias senatoriales. Cuando existió el hábito de considerar al emperador como magistrado soberano de todo el imperio, entonces pudieron sus edictos ser recibidos como leyes generales; y es digno de notarse que ya Gayo les atribuye la *legis vicem*, es decir, una autoridad general, pues la restriccion en ciertos límites era precisamente lo que distinguia las *leges* de lo que *legis vicem obtinet* (§ 22). Se encuentran, desde los primeros siglos, un gran número de edictos imperiales de indudable autenticidad; pero solo admito como tales á los mencionados en las fuentes del derecho, porque, cuando se trata de la acepcion precisa de una palabra técnica, no podemos referirnos á los historiadores (*d*).

Puesto que solamente los edictos tenian el carácter y la autoridad general de la ley, debian existir signos ciertos, por medio de los cuales se les pudiese reconocer y distinguir de

---

(*d*) Voy á indicar varios edictos indudables, y no será difícil ampliar esta lista. Cuatro de Augusto, L. 2, pr. ad Sc. Vell. (XVI, I), L. 26 de lib. (XXVIII, 2), L. 2, pr. de quæst. (XLVIII, 18), Auct. de j. fisci, § 8.—Cuatro de Claudio, L: 2, pr. ad Sc. Vell. (XVI, I), L. 15, pr. ad L. Corn. de falsis (XLVIII, 10), L. 2, qui sine man. (XL, 8), L, un. § 3, C. de lat. lib. (VII, 6), Ulpiano, III, § 6.—Dos de Vespasiano, L. 4, § 6, de leg. (L. 7), L. 2, C. de œd. priv. (VIII, 10).—Uno de Domiciano, L. 2, § I, de cust. (XLVIII, 3).—Uno de Nerva, L. 4, pr. ne de statu (XL, 15).—Cuatro de Trajano, L. 6, § I, de extr. crim. (XLVII, II), Gayo, III, § 172, § 4, J. de succ. lib. (III, 7), L. 13, pr., § I, de j. fisci (XLIX, 14), Auct. de j. fisci § 6.—Dos de Adriano, Gayo I, § 55, 93, L. 3, C. de ed. D. Hadr. (VI, 33.—Uno de A. Pio, L. 11 de mun. (L. 4).—Tres de Marco Aurelio, § 14, J. de usuc. (II, 6), L. 24, § I, de reb. auct. jud. (XLII, 5), L. 3, C. si adv. fiscum (II, 37).—Uno de Severo, L. 3, § 4 de sep. viol. (XLVII, 12). Preciso es tambien colocar entre los edictos los manifiestos extraños al derecho, por ejemplo, los de Nerva de que habla Plinio, epist. x, 66.

las otras constituciones. Estos signos se enumeran de la manera siguiente en una constitucion de Teodosio II y Valentiniano III: el nombre de *edictum* ó *generalis lex*, la comunicacion al Senado por una *oratio*, la publicacion por los lugartenientes en las provincias, y, en fin, la mencion expresa de que la constitucion tiene fuerza obligatoria para todos. Uno solo de estos signos es suficiente, aunque carezca de los demás (*a*); así un edicto no es ménos válido porque se dé con ocasion de un proceso: la constitucion citada lo dice claramente; de la misma manera debia el edicto ser conocido y respetado por todos aunque no se refiriese á todos los romanos sino á una determinada clase de personas (*b*); por último, el edicto no perdia su carácter general por ser dirigido especialmente á la autoridad que lo habia solicitado (*c*).

Los emperadores añaden que en adelante recurrirán para la redaccion de sus edictos á la cooperacion del senado (*d*), pero sin hacer depender de esta formalidad el valor legislativo de los edictos. Por último, se reconocia la necesidad de la publicacion, pero no se fija modo, que es lo que ofrece interés para la práctica.

(*a*) L. C. 3, de leg. (I, 14).

(*b*) Esto es lo que nuestros jurisconsultos llaman un *jus singulare*. —Así, por ej. los edictos de Augusto y de Claudio, relativos á las cauciones de las mujeres, y el edicto de Augusto que prohibe desheredar á los soldados, L. 2, pr. ad Sc. Vell., L. 26 de lib. (XXVIII, 2), habian sido considerados por los jurisconsultos de los tiempos posteriores como *leges generales*. Guyet, *Abhandlungen*, (Ensayos) p. 42, se ha equivocado en este punto.

(*c*) La mayor parte de las leyes imperiales, especialmente las de Justiniano, estaban dirigidas á un funcionario, por ejemplo, á un *præfectus prætorio*, por lo cual tenian forma de rescriptos; pero como nadie dudaba que fuesen *edicta*, *generales leges*, *leges edictales* no se les llamaba rescriptos. Un ejemplo tomado de nuestras instituciones hará más sensible la idea. Todo lo que contiene la recopilacion de leyes prusianas, leyes ú ordenanzas, es igualmente obligatorio, y, sin embargo, unas se dirigen directamente á todos los súbditos y á todos los funcionarios; otras, son órdenes de gabinete dirigidas al ministerio de Estado ó á un ministerio especial. C. § 24, nota *e*.

(*d*) L. 8, C. de leg. (I, 14).

II. *Decretos.*—Así se llaman las decisiones interlocutorias y definitivas dadas por el emperador en el ejercicio de su autoridad judicial (*a*). Parece una inconsecuencia el atribuir á los decretos fuerza de ley para los casos particulares en que han sido pronunciados, pues eran como emanaciones del tribunal supremo del imperio, providencias judiciales enteramente obligatorias; pero la jurisdiccion imperial era una institucion que se salia de todas las reglas, institucion á la cual las antiguas ideas de *judicium* y *res judicata* no se aplicaban directamente; y, acaso esta autoridad legislativa significa que los juicios del emperador regulaban el punto litigioso de una manera aún más definitiva que los juicios de un tribunal ordinario. Por lo demás, entre ellos no existia diferencia esencial; así, los decretos, como las sentencias solo se aplicaban al caso particular á que se referian, y las reglas de derecho contenidas en sus disposiciones, no tenian fuerza de ley para el porvenir. Sin embargo, las reglas aplicadas por los decretos, gozaban de una gran autoridad; los jurisconsultos hacian colecciones de ellas (*b*) y frecuentemente, un solo decreto servia de base al establecimiento de un principio nuevo (*c*).

Justiniano dejó las cosas en este estado en cuanto á los decretos interlocutorios; una constitucion inserta en el Código lo declara expresamente (*d*); pero aumentó la autoridad de las sentencias imperiales definitivas: ordenó que las reglas de derecho en ellas contenidas tuvieran fuerza de ley para todos los casos semejantes (*e*). La forma sola de esta dispo-

---

(*a*) L. I § I de const. princ. (I, 14). «Quodcumque igitur Imp... vel *cognoscens decrevit*, vel *de plano* interlocutus *est*... legem esse constat.»

(*b*) *Pauli libri tres decreturum.* La recopilacion hecha por Dositheo de los edictos de Adriano.

(*c*) Por ej. el *decretum* D. Marci, sobre los que se hacen justicia á sí mismos. L. 13, quod metus (IV, 2), L. 7, ad L. J. de vi priv. (XLVIII, 7).

(*d*) L. 3, C. de leg. (I, 14). «...interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus vel postea proferemus, *non in commune præjudicantibus*,» por oposicion á los edictos que tenian fuerza de ley.

(*e*) L. 12, pr. C. de leg. (I, 14). «Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino judices sciant hanc esse legem non

sicion prueba que modifica el derecho existente y establece uno nuevo; así pues, cuando Justiniano invoca, á este respecto, la autoridad de los antiguos jurisconsultos, da á sus palabras un sentido arbitrario, pues ciertamente estos jurisconsultos no podian reconocer fuerza de ley á los decretos, fuera de los casos para que habian sido dados (*a*).

Por lo demás, la innovacion podia justificarse y no se prestaba al mismo abuso que los rescriptos. En efecto; no podia ser engañado el emperador por una exposicion infiel, puesto que estaban presentes ambas partes, y además la publicidad inherente á las formas solemnes de la jurisdiccion imperial hacian, hasta cierto punto, la vez de promulgacion (*b*). En resúmen: ántes de Justiniano los decretos tenian solamente fuerza de ley para un caso particular; Justiniano elevó al rango de leyes generales las reglas contenidas en las sentencias definitivas.

Esta distincion, establecida por Justiniano, ha solido ser mal comprendida por los jurisconsultos modernos. Algunas veces se la confunde con el principio general de que un juicio sólo produce efecto entre las partes; pero tal principio se refiere á la relacion particular de derecho, la cual no recibe aquí ninguna amplitud. Si en su vista el emperador juzgaba una cuestion de herencia entre dos partes, su decision suprema no podia aprovechar ni perjudicar á un tercero. Algunas veces se la confunde con el sistema de interpretacion extensiva ó restrictiva, cosa completamente agena á esta cuestion, pues las reglas sancionadas por una sentencia definitiva deben aplicarse á cosas absolutamente semejantes, y no por via de analogía.

---

solum illi causæ, pro qua producta est *sed et omnibus similibus.*» Puede considerarse este texto como en contradiccion con el de la nota precedente. Sin embargo, distingue las dos especies de decretos precisamente como lo hace Ulpiano (nota *k*).

(*a*) L. 12, cit. «...Cum et veteris juris conditores, constitutiones quœ ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant.» Lo cual parece referirse á Gayo, I. § 5.

(*b*) Se pueden comparar estos decretos con las sentencias de nuestros tribunales de apelacion.

§ XXIV.—*Principios de los romanos sobre las leyes.* (*Continuacion.*)

III. *Rescriptos* (*a*).—El sentido literal de la palabra *rescriptum* es respuesta por escrito. Esta respuesta, en cuanto á su forma exterior, podia darse de diferentes maneras: al márgen de la pregunta (*adnotatio, subscriptio*); por carta separada (*epistola*); por un acto solemne (*pragmática sanctio*), cuya fórmula no nos es bien conocida (*b*). Todos estos rescriptos tienen fuerza de ley; pero están circunscritos á límites más estrechos que los edictos, de los cuales difieren esencialmente. ¿Cómo ha de entenderse esta limitacion? Para afirmar que los rescriptos tienen ménos autoridad que los edictos, es necesario añadir algo á lo dicho, pues esta conclusion no se desprende de la idea dada sobre su forma y orígen. Hay epístolas imperiales de una autoridad muy restringida, y que no podrian ser asimiladas á una *lex*; hay otras, por el contrario, cuya autoridad es ilimitada. Debemos hacer abstraccion de unas y de otras para ocuparnos de una clase intermedia de cartas, á las cuales se aplica exclusivamente la expresion técnica de rescriptos.

Tienen ménos autoridad que los rescriptos, propiamente dichos, todas las cartas del emperador extrañas á las cuestiones jurídicas, cartas de que, como es evidente, no hemos de ocuparnos, aunque lleven el nombre y la forma de rescriptos. Aun entre las cartas referentes á asuntos jurídicos constituyen los rescriptos, propiamente dichos, sólo las que no

---

(*a*) Schulting, *Diss. pro rescriptis Imp. Rom. (Comm. acad.*, t. I, N. 3*)*. Guyet, Abhandlungen, n. 4.

(*b*) Esta forma sólo debia ser empleada en ocasiones importantes, sobre todo, en lo que respecta á los rescriptos sobre materias de derecho público que interesaban á las corporaciones. L. 7, C. de div. rescr. (I, 23). Pero esto no se observaba siempre, segun resulta de la const. *Summa*, § 4. «Si... pragmaticœ sanctiones... alicui... personœ impertitœ sunt...» Se encuentran materiales importantes para esta investigacion en J. H. Böhmer, exerc. ad Pand., I, exerc. 12, C. I. Sin embargo, se equivoca Böhmer al establecer como carácter distintivo de las pragmáticas sanciones esta restriccion legal en su práctica.

aplican ninguna regla y expresan una decision libremente pronunciada por el emperador; por ejemplo: respecto á una exencion individual de los efectos de una ley, á una subvencion ó á una amonestacion personal (*a*). Estas cartas tienen, para la persona y el caso á que se aplican, la autoridad de una *lex*, y los jueces deben respetarlas como tales. Pero no podria encontrarse en ellas regla para un caso semejante, puesto que ordinariamente estas cartas no se apoyan en ninguna regla.

Tienen más autoridad que los rescriptos propiamente dichos, los documentos destinados especialmente á establecer una regla nueva y á hacerla conocer de todos. Estos constituyen verdaderas leyes, á pesar de la forma epistolar que revisten y de la ocasion accidental que los provoca; lo cual, ni restringe su aplicacion, ni los distingue de las otras leyes. En los primeros tiempos del imperío se les llamaba, á causa de su forma excepcional, epístolas ó rescriptos generales (*b*), y no se les aplicaba idea alguna de inferioridad. Cuando más tarde llegó á ser ordinaria esta forma de legislacion, se abandonaron tales denominaciones, para atenerse á los términos generales de *leges*, *edicta*, *edictales constitutiones* (*c*).

(*a*) Se llaman *personales constitutiones*, L. 12, § 2, de const. (I, 4), L. 6, J. de jur. nat. (I, 2). Algunos autores modernos los llaman rescriptos de gracia, definicion mucho más restringida y completamente inexacta cuando se trata de amonestaciones ó de penas.

(*b*) L. I, § 2.°, *de fugit.* (XI, 14). «Est etiam generalis epístola, D. Marci et Commodi, quæ declaratur, et prœsides et magistratus, et milites stationarios dominum adjuvare debere in inquirendis fugitivis, etc.»—L. 3, § 5, *de sepulchro viol.* (XLVII, 12). «D. Hadrianus rescripto pœnam statuit quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepeliunt quam fisco inferri jussit, et in magistratus eadem qui passi sunt... *quia generalia sunt rescripta*, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere et inomni loco valere.»—Quizás deba añadirse aquí la *epistola* D. Hadriani sobre las cauciones, § 4, *J. de fidei* (III, 20), Gayo. III, § 121, 122.—En los dos primeros casos citados, estos rescriptos tenian el carácter de ordenanzas de policía; eran circulares dirigidas á una clase de funcionarios.

(*c*) Así, por ejemplo, Justiniano, L. 5, *pr. C. de receptis* (II, 56), llama *lex* á una de las ordenanzas (L. 4, eod.), aunque estaba dirigida al *prefectus pretorio*. El Código Teodosiano, compuesto casi enteramente

Los textos que tenemos hoy de estas leyes nada hablan respecto á su publicacion, cosa innecesaria, pues por sí misma se comprende. Los magistrados á quienes se dirigia velaban por su cumplimiento, sin que fuera preciso una mencion especial que se lo advirtiera, por más que algunas de estas leyes contienen la mencion (*a*). Las *pragmatica sanctiones* podian ser tambien leyes generales (*b*), lo mismo que las *epistolœ*, de forma ménos solemne, y era necesario una disposicion expresa para hacerles entrar en el dominio más restringido de los rescriptos. ¿Cuál es, por tanto, la señal característica que distingue completamente á los rescriptos de los edictos? Su objeto, limitado á la decision de una relacion individual de derecho, y que excluye toda publicidad. Los rescriptos tienen de comun con las constituciones en general, que se apoyan en una regla que expresan, pero que consideran sólo en su aplicacion concreta. Por lo demás, los rescriptos nos ofrecen en sí mismos varias distinciones importantes:

1.° Se dan varias veces á instancia de una de las partes (*libellus*); otras veces á peticion del juez (*c*). Esta forma aparece sobre todo en una clase de procedimientos muy importantes, cuando en un caso difícil el juez suplica al emperador que le dicte la sentencia (*relatio, consultatio*). Aquí el emperador no figura como juez, sino como redactor del juicio, y ejerce la misma funcion que las Universidades alemanas encargadas de un negocio por la remision del proceso. Hé aquí

---

de partes del mismo género, es aún más decisivo, pues él les llama *constitutiones... edictorum viribus aut sacra generalitate subnixe, et edictales generales que constitutiones*, L. 5. 6, *C. Th. de const.* (I, 1), ed. Hänel.—Guyet, p. 84, engañado por la forma exterior de estas ordenanzas, las considera como rescriptos, y las opone á los edictos, sacando de aquí falsas consecuencias sobre la naturaleza de los rescriptos. V. § 23, nota *g*.

(*a*) Por ejemplo: L. *un.*, *C. de grege domin.* (XI, 75). Guyet, p. 74, cita tambien otros textos.

(*b*) Por ejemplo: la *Sanctio pragmatica* de Justiniano, *pro Petitione Vigilii*, sobre la organizacion de Italia, cuya conquista acababa de realizar.

(*c*) L. 7, *pr. C. de div. rescr.* (I, 23).

por qué las decisiones de esta clase se colocan entre los rescriptos y no entre los decretos. Justiniano prohibió las consultas; pero la prohibicion no era tan absoluta como sus términos lo hacian creer (*a*).

2.° La regla aplicada en el rescripto, aparece muchas veces confundida en la misma decision, otras se establece de una manera abstracta, y se inserta como motivo de la decision. Estos últimos rescriptos, que no son leyes, pero que tienen su forma, se llaman *generalia rescripta*, aunque con muy diferente sentido del expresado más arriba (*b*).

3.° Algunas veces la regla aplicada en los rescriptos estaba ya formulada, y entonces el emperador obraba como jurisconsulto. Algunas veces tambien esta regla modificaba el derecho por vía de interpretacion. Estos últimos rescriptos están dictados por razones de órden público ó de economía política y no tocan á los derechos de un tercero (*c*).

(*a*) Sobre las consultas, véase principalmente Holweg, *civil prozsesz* (Procedimiento civil) I, § 10.—Fueron prohibidas por la Novela 125 del año 544. Cuando trate de la interpretacion de las leyes, se verá que esta prohibicion no era absoluta, § 48. Por lo demás, es evidente que, si á pesar de la prohibicion de la Novela, consultaba un juez al emperador, y éste le respondia, el juez debia conformarse con la decision, como ántes de la Novela. Lo mismo sucederia si el emperador, espontáneamente, ó á peticion de una de las partes, dirigia un rescripto al juez. El uso de los rescriptos, con ocasion de un prôceso, era mucho más raro entónces, pero no se habia abandonado completamente.

(*b*) L. 89, § I, ad L. Falc. (XXXV, 2), «*generaliter rescripserunt;*» L. I, § 3, de leg. tut. (XXVI, 4), «*generaliter rescripsit:*» L. 9, § 2 de her. ins. XXVIII § 5, *rescripta generalia*. L. 9 § 5 de jur. et facti ign. (XXII, 6), «*initium constitutiones generale est.*»—Los rescriptos de que hablan estos textos habian sido dados con ocasion de proceso, y en esto difieren de los rescriptos generales de que se ha tratado en la nota *d*. Por otro lado la expresion *generale rescriptum* expresa más que una simple oposicion á *personalis constitutio* (nota *c*).

(*c*) Estas consideraciones explican por qué se encuentran tantos rescriptos sobre las excusas. Fragm. Vat., § 191, 208, 247.—§ 159, 206, 211, 215, 246.—El § 236 es notable sobre todo en cuanto establece un nuevo derecho: «*Quo rescripto declaratur ante eos non habuisse inmunitatem.*»

Los efectos asignados á los rescriptos pueden resumirse de la manera siguiente: 1.°, tienen fuerza de ley en el caso particular para el cual han sido dados; 2.°, no tienen fuerza de ley en ningun otro caso; 3.°, en los casos semejantes tienen gran autoridad.

Los rescriptos tienen fuerza de ley en el caso particular para el cual han sido dados: esto es lo que dicen en términos generales el Digesto y las Instituciones (§ 23), y de una manera implícita el Código en cuanto les niega la autoridad de leyes generales. Resulta de aquí que el juez á quien se presenta un rescripto está obligado á acomodarse extrictamente á él, sin poder escuchar sus propias convicciones. Este efecto concedido al rescripto es, sobre todo, de una gran importancia cuando ha sido solicitado, no por el juez, sino por una de las partes. Entonces este rescripto es un derecho personal adquirido por esta parte, transmisible á sus cointeresados y á sus herederos y que puede ejercerse despues de un largo espacio de tiempo (*a*). Aún en el asunto mismo para que se habia expedido ofrecia el rescripto graves inconvenientes, pues podria ser siempre supuesto ó falsificado, y, sobre todo, haberse obtenido á consecuencia de una exposicion de hechos incompleta ó mentirosa. Se habia proveido á este doble abuso, sometiendo los rescriptos á formas exteriores rigurosamente determinadas (*b*), y autorizando á la parte contraria á practicar una informacion sobre los medios empleados para obtener el rescripto (*c*). Todo rescripto contrario al interés público ó en oposicion con las reglas de derecho (*contra jus*), estaba herido de nulidad (*d*). Esto no significa que los emperadores se limitasen la facultad de modificar el derecho por sus rescriptos, sino que trataban de po-

---

(*a*) L. 4, 12 (al. 2, 10), C. Th, de div. resc. (I, 2), L. I, 2, C. de div. resc. (I, 23).

(*b*) L. 3, 4, 6, C. de div. resc. (I, 23), L. I, C. Th. eod. (I, 2).

(*c*) L. 7, C. de div. resc. (I, 23), L. 2, 3, 4, 5, C. si contra jus (I, 22). A esto se refiere la apelacion contra los rescriptos, es decir, contra sentencias fundadas en rescriptos. L. I § I de apell. (XLIX, I).

(*d*) L. 2 (al I) C. Th. de div. resc. (I, 2), L. 6, C. si contra jus (I, 22), L. 3, 7, C. de precibus (I, 19), Nov. 82, C. 13.

ner remedio al caso en que, engañados sobre los hechos, violasen las reglas del derecho contra su propia voluntad.

En vista de los peligros que entrañaba la autoridad legislativa de los rescriptos, acaso hubiera sido más prudente no concederlos nunca, al ménos á peticion de las partes, que es lo que parece haber hecho Trajano. Justiniano acabó por prohibir á los jueces que aplicasen rescriptos privados, los cuales, por consiguiente, no tuvieron desde entonces fuerza de ley (*a*).

La prohibicion de extender los rescriptos más allá del caso particular para que habian sido dados, fué además renovada en los términos más precisos. Esta regla se aplicaba particularmente á los rescriptos provocados por una consulta del juez, es decir, á los rescriptos cuya extension ménos peligros ofrecia: se creyó supérfluo establecer la misma prohibicion para los rescriptos privados, cosa á todas luces evidente. En efecto, un rescripto dictado en un negocio particular y á menudo fundado en una exposicion infiel de las partes, podrá resentirse de este carácter de particularidad y prestarse difícilmente á una aplicacion general; por otra parte, y esto es lo más importante, los rescriptos carecian de publicidad. Estos motivos subsisten para los rescriptos interpretativos como para todos los demás y los autores que les atribuyen fuerza de ley se equivocan manifiestamente. Me reservo probarlo más adelante (§ 47) (*b*).

(*a*) *Capitolini Macrinus*, C. 13: «qunm Trajanus nunquam *libellis* responderit.» Esto quiere decir que él dirigia sus rescriptos á los magistrados y no á las partes. Se encuentran muchos rescriptos de Trajano citados en Schulting, Diss. *pro rescript*, § 15.—Justiniano prohibe obedecer los rescriptos privados. Nov. 113, C. I, del año 541.

(*b*) L. II (al. 9), C. Th. de div. resc. (I, 2), L. 26 de leg. (I, 14): «*Quæ ex relationibus... vel consultatione... statuimus... nec generalia jura sint, sed leges faciant sit duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata.*» L. 13, C. de sentent. et interloc. (VII, 45). «*Nemo judex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum... cum non exemplis sed legibus judicandum sit.*» Primero expresa formalmente la cuestion de que se trata, la aplicacion de las reglas una vez admitidas á los casos semejantes; despues coloca en la misma línea los rescriptos dados res-

El verdadero carácter de los rescriptos, como el de los decretos (§ 23), ha sido desconocido frecuentemente por los autores modernos. En este punto tambien se ha reproducido la prohibicion de una interpretacion ámplia; pero no se trata de de sus límites; la regla establecida en un rescripto no debia ser aplicable á los casos semejantes. Aquí se ha creido encontrar la aplicacion del principio de que los juicios sólo tienen efecto entre las partes contendientes; pero este principio es todavía más extraño á los rescriptos que á los decretos; ni siquiera puede formularse cuestion sobre este punto. Si, por ejemplo, un heredero testamentario sometia al emperador un testamento, cuya validez fuera dudosa, y el emperador reconociese por un rescripto la validez del testamento, podia el heredero testamentario oponer este rescripto á todos los herederos abintestato, pues no habia tenido necesidad de designar en su demanda un sólo contradictor.

Mas, si los rescriptos no tienen fuerza de ley general, gozaban al ménos de una autoridad grande (*a*). No hubiera podido

---

pondiendo á consultas y, las resoluciones de otros tribunales; pero habla de las sentencias emanadas del mismo emperador. Se ha evitado muy hábilmente toda contradiccion con la L. 12, pr. C. de leg. (I, 14) (§ 23, nota *o*), de esta manera se distinguen las sentencias pronunciadas por el emperador en persona y las emanadas de un magistrado, dando efecto á un rescripto del emperador. En efecto, estos últimos no tenian ni la misma publicidad ni el mismo grado de certidumbre que los primeros, pues siempre era posible que el rescripto hubiera sido mal entendido.—Muchos autores reconocen por excepcion una autoridad general á los rescriptos cuando contienen una interpretacion auténtica, fundándose en la L. 12, § I, C. eod.: interpretationem sive in precibus sive in judiciis, sive alio quocumque modo factan, ratam et indubitatan haberi. (Glück, I, § 96, N. III). Pero no niego la autoridad de los rescriptos, ni por consiguiente, su autoridad legislativa restringida á un caso concreto. Sí, contra los textos citados, Justiniano hubiera querido darles fuerza de ley general, lo hubiese declarado en términos formales como lo hizo para los decretos, y no se hubiese contentado con decir, como de pasada: *sive in precibus*.

(*a*) Estas palabras, *legis vis*, empleadas por Gayo y Ulpiano, se entienden por algunos autores en el sólo sentido de autoridad; pero, ciertamente, se equivocan. Los jurisconsultos romanos se expresan con más precision. Si hubiesen tomado las palabras *vis legis* en el sen-

quitárseles este carácter, ni era conveniente tampoco. Los rescriptos favorecian maravillosamente el desenvolvimiento del derecho, y el Digesto nos muestra que los antiguos jurisconsultos se aprovechaban de ellos con este objeto. La influencia de los malos rescriptos ofrecia pocos peligros, porque su carácter de autoridad moral no excluia la crítica ni la condenacion de algunas de sus doctrinas. Sin embargo, este peligro llamó tanto la atencion del emperador Macrino, que pensó, se afirma, abolir los antiguos rescriptos, es decir, despojarlos de su autoridad (*a*).

La exposicion que precede, conviene perfectamente con todo lo que sabemos de los rescriptos. Debian estos ser familiares á los jurisconsultos, pues vivian cerca del emperador, concurrian á menudo á su redaccion, y podian consultar siempre los archivos (*b*). De esta manera se explica que haya habido desde muy antiguo colecciones de rescriptos (*c*), y que

---

tido vago y general de *influencia* ó de *autoridad*, no hubiese olvidado Gayo atribuir la *vis legis* al *jus honorarium*, y el § 7, en lugar de haberse limitado á hablar de las *responsa prudentium*, hubiese añadido la *auctoritas prudentium*, que era mucho más extensa.—Por otra parte, segun el texto de Gayo (I, § 5), no deben colocarse al mismo nivel los rescriptos y los decretos. Gayo (§7) da tambien fuerza de ley á las *responsa*; pero en seguida manifiesta claramente que las *responsa* sólo tienen fuerza de ley para el caso á que se aplican.

(*a*) *Capitolini Macrinus*, C. 13. «*Fuit in jure non incallidus adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut jure non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli et hominum imperitorum voluntates, quum Trajanus nunquam libellis responderit, ne ad alias causas facta præfererntur, quæ ad gratiam composita viderentur.*» Esto sólo puede aplicarse á la autoridad permanente de los rescriptos, pues los procesos, con ocasion de los cuales los *veteres principes* habian expedido rescriptos, eran hechos largo tiempo há verificados.

(*b*) Así, pues, este conocimiento de los rescriptos no implica una publicacion especial de ellos, como pretende Guyet, p. 74.

(*c*) Así, por ejemplo, *Papiri Justi*, *libri XX constitutionum*, que, segun fragmentos que se han conservado, se componian de rescriptos; y más tarde los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, al ménos en gran parte. Es preciso incluir en la misma clase los *semestria* de D. Marcus. recopilacion semestral de los rescriptos (acaso tambien de

los jurisconsultos se hallen en oposicion con algun rescripto, ya porque por casualidad no lo conocieran, ya porque desechasen sus principios (*a*)

Resumiendo la historia de la legislacion tocante á los rescriptos, diremos que representan todavía un gran papel bajo el imperio las recopilaciones de Justiniano, pero que su influencia fué casi enteramente anulada por la legislacion de las Novelas.

IV. *Mandatos.*—Se llamaban así las instrucciones que el emperador dirigia á los funcionarios como reglas de conducta. Estos mandatos, semejantes á los de los procónsules ordinarios, á los *mandato jurisdictio*, por ejemplo, se expedian ordinariamente para los legados ó lugartenientes del emperador en las provincias imperiales, y tenian allí la misma autoridad que los edictos verdaderos. La causa de que los mandatos sean más raros que las otras clases de constituciones, debe atribuirse á la posicion de las provincias, que rara vez llevaban la iniciativa en las modificaciones verificadas en el derecho comun de los romanos. La mayor parte de los que conocemos versan sobre derecho criminal ó sobre medidas de policía (*b*). Los testamentos militares nos ofrecen un ejemplo notable del cambio introducido por los mandatos en el dominio del derecho privado (*c*); pero esto se explica por la naturaleza misma del testamento militar que, suponiendo un ejército en campaña, sólo podria tener aplicacion en las provincias. Lo mismo puede decirse del mandato que prohibe á los funcionarios romanos casarse en las provincias donde ejercian sus funciones (*d*).—Gayo y Ulpiano, en la enumeracion de las diferentes clases de constituciones imperia-

---

los decretos) más importantes, compuesta por particulares, acaso por el emperador mismo, y entónces sería una especie de publicacion legal. V. *Brissonius, v. Semestria, Cujacius in Papin*, L. 72, de *cond. Opp.*, IV, 489, cuya explicacion no admito.

(*a*) Se encuentran pasajes semejantes citados en Guyet, p. 55 y siguientes.

(*b*) Brissonius, de formulis, Lib. 3, C. 84.

(*c*) L. 1, pr. de test. mil. (XXIX), «et exinde mandatis inseré cœpit caput tale: Cum in notitiam, etc.»

(*d*) L. 2, § 1, de his quœ ut ind. XXXIV, 9), L. 6, C. de nupt. (V. 4).

les, pasan en silencio los mandatos. Su poca importancia bastaría para justificar esta omision; pero puede alegarse además otro motivo: la autoridad de los mandatos estaba circunscrita á los límites de una provincia, y de la misma manera que el *jus honorarium*, no alcanzaron la *legis vicem* atribuida á las otras constituciones imperiales.

La investigacion sobre la naturaleza y los efectos de las constituciones imperiales puede resumirse en estos términos: los *edictos* y los *mandatos* eran ley para el juez y las partes; pero los mandatos regian sólo en la provincia para la cual habian sido dados; los *rescriptos* sólo tenian fuerza de ley en el asunto especial que los motivaba. La última legislacion de Justiniano restringió considerablemente su empleo, puesto que anula todos los rescriptos acordados á instancia de las partes, y no autoriza al juez para solicitarlos sino en el caso en que se trate de la interpretacion de una ley. Los *decretos* eran verdaderas decisiones judiciales, y las reglas contenidas en las sentencias definitivas, no en las interlocutorias, tenian fuerza de leyes generales. Independientemente de estas distinciones, una constitucion imperial era una autoridad grave para todo aquel que la conociese.

El código de Justiniano cortó por lo sano en el confuso laberinto de las constituciones imperiales. Las insertas en el código, cualquiera que fuese su naturaleza, rescripto, decreto, etc., recibieron inmediatamente fuerza de ley; todas las demás perdieron su autoridad legislativa (*a*). Así, pues, las reglas que hemos expuesto se aplican únicamente á las constituciones dadas, despues de la promulgacion del código, por Justiniano ó sus sucesores.

Pueden considerarse como apéndices de la legislacion imperial los edictos ó *generales formæ* de los *præfecti prætorio*. Ya Alejandro Severo habia sancionado su autoridad general si no tenian nada contrario á las leyes y si el emperador no lo habia ordenado de otra manera (*b*). Justiniano cita

---

(*a*) Const. *Summa*, § 3. Pero esto no anulaba los privilegios concedidos por los rescriptos á una corporacion ó á una persona privada. Ibid., § 1.

(*b*) L. 2, C. de off. præf præt, Or. et Ill. (I, 26). Esto se aplicaba entónces á todo el imperio, y desde Constantino á cada prefectura, á

como leyes algunos de estos edictos (*a*), y algunos fragmentos se han conservado en la continuacion de nuestras recopilaciones de novelas (*b*); Cassiodoro atribuye en cierto modo, autoridad legislativa á los prefectos del pretorio (*c*).

§ XXV.—*Principios de los romanos sobre el derecho consuetudinario.*

En medio de ideas bastante confusas, encontramos en Ciceron un pasaje notable sobre el derecho consuetudinario. «Existe, dice, una regla que no descansa en ninguna opinion individual, sino que aparece como necesidad de nuestra naturaleza. Esta regla era vaga: las sociedades humanas la han formulado, desenvuelto y establecido como costumbre inmutable.» A tal regla, opone la *lex* ó la ley positiva establecida por la voluntad del hombre (*d*).

Los antiguos jurisconsultos no asignan á la costumbre la extension y la importancia que le pertenece. La causa de esto es, sin duda, que en su tiempo la mayor parte del derecho consuetudinario nacional se habia perdido en las otras fuentes del derecho, y no aparecia bajo su forma primitiva (§ 15, 18). La época en que ellos vivian era además poco favorable á la creacion de un derecho consuetudinario puramente popular (§ 7) y general. El derecho consuetudinario local fué el único que percibieron en las manifestaciones de la vida ordinaria y á él se refieren la mayor parte de los textos sobre el de-

---

semejanza de lo que se practicaba otras veces respecto á los edictos provinciales de los procónsules.

(*a*) L. 16, C. de jud. (III, I), L. 27, C. de fidejuss. (VIII, 41).

(*b*) Nov. 165, 166, 167, 168, V. Biener. Gesch. der Novellen (H. de las N.), p. 98, 118.

(*c*) Cassiodor., Var. VI. 3, formula Præf. Præt. «Pene est ut leges possit condere, etc.»

(*d*) Ciceron de inventione, II, 53, 54. «Natura jus est, quod non opi»nio genuit, sed quædam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem »... Consuetudine jus est, quod aut leviter a natura tractum aluit et »majus fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum quæ ante diximus, »ab natura profectum, majus factum propter consuetudinem videmus, »aut quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit.»

recho consuetudinario que han llegado hasta nosotros (*a*). Sus principios son, en general, enteramente justos; y si los jurisconsultos modernos sostienen conceptos equivocados respecto á él, sólo puede atribuirse á falta de inteligencia y de precision en los términos. Los jurisconsultos romanos admiten, como constante, toda regla establecida por una larga *consuetudo*, una costumbre de muchos años, y le dan por base el *consensus* tácito del *populus* que la aplica (utentium, omnium) (*b*). Por esta razon se ha creido que el hábito era el fundamento del derecho, el cual venía á ser la obra de un acto de voluntad de los mismos indivíduos que tienen poder para votar leyes en los comicios. Esta doctrina lleva á consecuencias muy graves: circunscribe el derecho consuetudinario á una forma especial de la constitucion política, excluyéndolo necesariamente de la Roma imperial y de las monarquías modernas. Pero los jurisconsultos romanos miraban la *consuetudo*, no como el fundamento del derecho, sino como un signo sensible que sirve para reconocerlo; bajo este mismo punto de vista consideran la escritura, tratando del derecho escrito (§ 22). Tenemos la prueba de ello en muchos textos en donde, independientemente de la costumbre, se establece la conviccion directa y comun del pueblo *(ratio)* como fundamento del derecho (*c*). De la misma suerte el *consensus* no es una voluntad que hubiese podido manifestarse en sentido contrario, sino una conviccion unánime que lleva impreso el carácter de necesidad; y el pueblo al cual se atribuye este *consensus*, no es la reunion de los ciudadanos divididos en tríbus y centurias en una determinada época; es el tipo ideal de la nacion romana, perpetuándose de generacion en generacion, y persistiendo á través de todos los cambios de su or-

---

(*a*) Puchta, Gewonheitsrecht, (D.° Const.°) I, p. 71 y sig.

(*b*) Gayo, III, § 82. Ulp., tít. de leg. § 4. L. 32, 40, de leg. (I, 3), § 9, 11, J. de j. nat. (I, 2).

(*c*) L. 39 de Leg. (I, 3): «Quod non *ratione introductum* sed errore primum, deinde *consuetudine obtentum* est, in aliis similibus non obtinet.» *(Alia similia*, los casos semejantes que podrian presentarse en el porvenir). L. I, C. quæ sit. long. cons. (VIII, 53): «Nam et consuetudo præcedens, et *ratio quæ consuetudinem suasit*, custodienda est.» V. Puchta, p. 61, 81.

ganizacion política (*a*). Esta explicacion conviene con el alto grado de certidumbre que caracteriza al derecho consuetudinario (*b*); certidumbre más fácil de encontrar en una conviccion comun que en un acto de voluntad individual, reproduciéndose en cada caso concreto. Por último, esta explicacion conviene tambien con los principios generales que hemos establecido sobre la naturaleza y las condiciones esenciales del derecho eonsuetudinario.

Se consideran, en efecto, como derecho consuetudinario las convicciones comunes de los jurisconsultos (*prudentium auctoritas*) (*c*). Pueden estos, sin duda, ser un órgano especial por medio del cual viva y desenvuelva la vida comun del pueblo (§ 14); pero no seria razonable considerar á la nacion entera sometida á la voluntad individual de los jurisconsultos; cuando, por otra parte, es toda la nacion la que produce el derecho consuetudinario.

Se presenta tambien, como signo característico de derecho consuetudinario, la uniformidad de las decisiones judiciales (*d*), lo cual confirma mi explicacion, pues en virtud de esa uniformidad pueden considerar estas decisiones como manifestaciones ciertas de las convicciones comunes, mien-

---

(*a*) Se me puede oponer con apariencia de razon la L. 32, § I, de leg. (I, 3), en donde del *expressus populi consensus* para ley, se pretende sacar como consecuencia el *tacitus consensus* para la costumbre; pero no se trata de la autoridad de la costumbre, sino de la naturaleza de esta autoridad *(legis vice)*. Véase Puchta, p. 84. Además, no pretendo que los antiguos jurisconsultos hubiesen tenido siempre presente en su espíritu el sentido propio de la palabra *populus*. Para combatir mi opinion sería necesario probar por medio de textos positivos que, los antiguos jurisconsultos consideraban la reunion de los *cives*, y no la nocion ideal, como el sujeto del derecho consuetudinario.

(*b*) L. 36, de leg. (I, 3): «quod in tantum probatum est ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.»

(*c*) L. 2, § 5, 6, 8, 12, de orig. jur. (I, 2).

(*d*) L. 38, de leg. (I, 3), L. I, C. quæ sit. l. c. (VIII, 53). Para el derecho consuetudinarío, L. 34, de leg. (I, 3) (Puchta, I, p. 96).—Ha de notarse aquí que, los autores que han escrito sobre retórica, enumeran siempre, entre las fuentes del derecho, las *res judicatæ*, y los antiguos jurisconsultos no las citan. Por lo demás, su autoridad fué siempre reconocida (§ 12, nota *b*).

tras que la voluntad individual de los jueces no hubiera podido obligar á la nacion. Seria un error grave atribuir este efecto á las decisiones judiciales independientemente del derecho consuetudinario, pues ya se ha dicho que el juez no debe fundarse únicamente en los *præjudicia* (*a*); de donde resulta que estos, sin influencia por sí mismos, solo tienen valor como monumentos del derecho establecido por la costumbre.

Faltan todavía por examinar dos reglas de que debo hacer mencion: una es que un error comprobado no podria fundar un derecho consuetudinario (*b*); la otra es que cuando la costumbre es muy reciente, es preciso recurrir á la decision del emperador para que pueda ser considerada como expresion verdadera de la conviccion general (*c*).

Lo expuesto es todo lo que contiene el derecho romano sobre los caractéres generales del derecho consuetudinario. Así es, por ejemplo, principio completamente extraño á este derecho el de que la costumbre debe ser, como simple hecho, probada por el que la invoca (*d*).

En cuanto á los efectos de la costumbre, el derecho romano establece el principio de que tiene fuerza de ley (*e*). Segun las explicaciones dadas más arriba (§ 22), resulta que el derecho consuetudinario tiene no solamente la autoridad, sino tambien la generalidad de una ley y que no está encerrado, como el *jus honorarium*, en los límites de una jurisdiccion, ni limitado á un cierto tiempo. Este principio nada tiene de incompatible con la existencia de un derecho consuetudinario particular, de igual manera que una ley puede ser dada por una ciudad ó por una provincia.

La accion del derecho consuetudinario puede ejercerse de dos maneras: unas veces completa una ley cuya expresion

---

(*a*) L. 13, C. de sent. et interloc. (VII, 45). Véase § 24, nota *r*.

(*b*) L. 39, de leg. (I, 3). Véase nota *d*. Puchta, I, p. 99. El motivo es muy natural. Aquí la costumbre es el resultado de un error, y por consiguiente no expresa la conciencia comun jurídica que constituye toda su fuerza.

(*c*) L. II, C. de leg., I, 14.

(*d*) Puchta, I, p. 110.

(*e*) Véase § 22, nota *a*.

es vaga ó ambígua (*a*); otras, regula una materia respecto á la cual no existe disposicion legislativa (*b*). Este último caso se presenta frecuentemente en el derecho municipal, en donde la existencia de una regla suele tener más importancia que su contenido. Cuando la costumbre de una ciudad no contiene disposicion sobre algun punto, se sigue la costumbre de Roma (*c*), más bien á causa de su preponderancia como capital del imperio, que por haber sido el orígen de la nacion. Así, pues, en la época en que la nacion romana, que abrazaba un inmenso territorio, no podia, por esta causa, formarse con facilidad convicciones comunes. Roma fué llamada á representar la nacion y á continuar el derecho popular donde este era indispensable. Despues de la creacion del imperio de Oriente fué investida Constantinopla del mismo privilegio (*d*), como consecuencia de la paridad establecida entre los dos capitales y, no porque respecto á ella existieran las mismas circunstancias que hemos notado respecto á Roma. Por lo demás, este complemento del derecho admite diversos grados de extension: unas veces, su accion se limita á una faz, hasta entonces olvidada, de una institucion antigua; otras crea una institucion nueva, concurriendo de esta suerte al desenvolvimiento sistemático del derecho. En este último sentido la *cura prodigi*, la prohibicion de las donaciones entre esposos y la sustitucion pupilar deben su orígen á las *mores* (*e*).

La costumbre tiene tambien fuerza contra la ley, ya sea reemplazándola, ya abrogándola. Este principio, contenido ya en la expresion *legis vis*, se encuentra además expresamente formulado (*f*) y, de hecho, no ofrece duda alguna que

---

(*a*) L. 38, de leg. (I, 3).

(*b*) L. 32, pr. L. 33, de leg. (I, 3). V. Puchta, I, p. 87.

(*c*) L. 32, pr. de leg. (I, 3): «si qua in re hoc defecerit... tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet.»

(*d*) L. I, § 10, C. de vet. j. enucl. (I, 17), § 7, J. de satisd. (IV, II).

(*e*) L. I, pr. de curat. (XXVII, 10), L. I de don int. vir. et ux (XXIV, I), L. 2 pr. de vulg. et pup. subst. (XXVIII, 6).

(*f*) L. 32, § 1, de leg. (I, 3): «... Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.» V. Puchta, p. 86, 90.

ha ejercido su accion de la manera más ilimitada en todas las épocas del derecho romano. Así las partes del edicto del pretor que corrigen el derecho civil, especialmente la ley de las doce Tablas, son otras tantas innovaciones del derecho consuetudinario, innovaciones cuya legitimidad nadie ha puesto en duda (*a*). De igual modo deben en parte referirse al derecho consuetudinario los efectos del *usus* para el matrimonio, el segundo capítulo de la *lex Aquilia* y las *interrogatoriæ actiones* (*b*). Justiniano ha razonado más de una vez y en términos tan positivos este poder del derecho consuetudinario que no se concibe como, bajo el imperio de su legislacion, ha podido suscitarse dificultad alguna sobre este punto (*c*). Se invocan, sin embargo, en favor de una opinion contraria, los dos motivos siguientes: 1.° Varios de los textos citados expresan que el derecho consuetudinario se aplica en defecto de ley; luego la aplicacion sólo se verifica á falta de ley; pero este sistema de interpretacion, siempre peligroso, se encuentra en este punto contradicho por el conjunto y la simple referencia de los textos (*d*); 2.° más justificado parece el argumento fundado en un texto del Código que decide que la costumbre no puede nunca sobreponerse á una ley; mas aquí se trata de un derecho consuetudinario particular, no de una costumbre general, y ya se sabe que la costumbre local no debe nunca prevalecer contra la disposicion absoluta de una ley comun (*e*).

(*a*) Ciceron, de invent., II, 22: «Consuetudinis autem jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem... sunt... eorum multo maxima pars, quæ prœtores edicere consueverunt.» Los errores en que han caido á este propósito los primeros historiadores del derecho no tienen necesidad de ser refutados.

(*b*) Gayo, I, § 111, L. 27, § 4, ad L. Aquil. (IX, 2). d. 1, § 1.°, de interrog. act. (XI, 1).

(*c*) § 11, J. de j, nat (I,2), § 7, J. de injur. (IV, 4).—L. 1, pr. C. d cad. toll. (VI, 51), L. 1, § 10, C. de vet j. enucl. (I, 17), Const. *hæc quæ necess.*, § 2.—Nov. 89, C. 15; Nov. 106.

(*d*) L. 32, pr. L. 33, de leg. (1,3). V. Puchta, I, p. 88.—No podria fundarse sobre el primero de estos textos semejante argumento *al contrario*, pues inmediatamente despues (§ 1) dice el autor precisamente lo contrario.

(*e*) L. 2, C. quæ sit long. cons. (VIII, 53). Véase el apéndice núm. II.

Lo que precede no tenia aplicacion al derecho antejustiniáneo, pues lo que no se habia insertado en las compilaciones del emperador, quedaba por lo mismo abrogado. Esto se aplicaba al derecho posterior y á todas las costumbres particulares, en la extension de sus legítimos límites, las cuales entraban en el plan de Justiniano, cuya legislacion no atentó contra su autoridad.

Como esta clase de fuente de derecho vuelve á encontrarse en el derecho canónico y en las leyes imperiales, diré sobre ello algunas palabras en forma de apéndice.

Muchos textos del derecho romano, relativos al derecho consuetudinario se han insertado literalmente en el derecho canónico, y no tengo, por tanto, necesidad de repetir lo dicho (*a*).

Las innovaciones se reducen á los dos principios siguientes:

1.° La costumbre que se pretenda aplicar debe ser *rationabilis*. Esta expresion demasiado vaga, aunque se trate de relacionarla con ciertos textos del derecho romano, parece significar que es preciso examinar la costumbre y no admitirla hasta que se reconozcan como justas y sábias sus disposiciones. Por lo demás, este principio no se ha establecido en términos generales sino con ocasion de un conflicto entre la ley y la costumbre (*b*).

2.° La costumbre debe ser *legítima* ó *canònice præscripta* (*c*). Creen algunos que aquí se trata de una verdadera

(*a*) C. 4, D. XI,—L. 2, C. quæ sit long. cons. (VIII, 53), C. 6; D. XII.—§ 9, J. de j. nat. (I,2).—C. 7, D. XII.—L. I, C. quæ sit l. cons. (VIII, 53.).

(*b*) C. II, X, de consuet. (I, 4), C. 1, de const. in VI (I,2). Volveré sobre el sentido de estos pasajés en el citado apéndice II.

(*c*) C. 11, X, de consuet. (I, 4). C. 3, de consuet. in VI (I, 49): de offic. ord. in VI (I, 16) C. X, de elect. (I, 6).—Meurer, Juristische Abhandlungen (Ensayos jurídicos), Leipzig, 1780, N. V. ha hecho un estudio sobre el sentido de estos pasajes y pretende que aquí se trata de derechos particulares que conferir á un tercero y no de la costumbre establecida por prescripciones. Sin embargo vuelve á la misma explicacion que yo he dado; al ménos respecto á la C. II, X, de consuet. Glück, I, § 86, N. V. ha adoptado la primera opinion de Meurer. Eichhorn, Kirchenretch, (Derecho eclesiástico), p. 42, 43, refiere estos

prescripcion, medio, cuya naturaleza no es apropiada para el establecimiento de una regla general de derecho, y cuya aplicacion seria tambien imposible, pues, hay muchas clases de prescripciones y aquí no se fija ningun plazo para ella. Debe tomarse esta expresion, de conformidad con el derecho romano, en el sentido de larga duracion, y entónces *legitima præscripta* seria sinónima de *longa* ó *diuturna*.

Por último, muchas leyes del imperio hacen mencion del derecho consuetudinario; pero se limitan á recomendar su aplicacion, sin entrar en ningun detalle sobre su naturaleza y efectos (*a*).

§ XXVI.—*Principios de los romanos sobre el derecho científico.*

Sabemos la consideracion de que gozaban los jurisconsultos romanos desde los primeros tiempos de la república y la influencia que ejercian en la formacion del derecho (*b*). Esta influencia debió aumentarse cuando á la experiencia de los negocios añadieron la autoridad de la ciencia.

Augusto estimuló y modificó esta influencia autorizando á un cierto número de jurisconsultos distinguidos para pronunciar dictámenes que los jueces debian observar como leyes (*legis vice*), en tanto que no existiese un parecer contrario de otro jurisconsulto igualmente autorizado (*c*). Mas no por esto perdian nada de su importancia las doctrinas y los escritos de los jurisconsultos no autorizados.

Citados ante les tribunales, sus opiniones tenian, no fuerza

---

pasajes no á un derecho consuetudinario propiamente dicho, sino á una *observancia*, es decir, á un estatuto tácito que establecia derechos para los terceros (§ 20 f.). Acaso estos textos hayan sido dictados para casos semejantes; pero Eichhorn mismo reconocia su generalidad, y acaso tambien lo vago de la expresíen responde á la oscuridad del pensamiento.

(*a*) C. C. C., art. 104.—Conc. ord. cam., tit. 19, procem., tit. 71, Rec. imp. nov. § 105.

(*b*) L. 2, § 5, de orig. jus. (I, 2).

(*c*) Gayo, I, § 7, § 8, J. de j. nat. (I, 2).—L. 2, § 47, de orig. j. (I, 2).—Así distingo las *responsa*, consultas dadas, sobre un caso determinado, por un jurisconsulto autorizado á este efecto, de las doctrinas pro-

de ley (*legis vicem*), pero si una gran autoridad moral cuando los jurisconsultos privilegiados no habian tratado la cuestion ó, cuando sus dictámenes eran contradictorios.

Gayo habla de las consultas privilegiadas como institucion que continuaba subsistiendo. Debieron cesar cuando la vida y el movimiento se retiraron de la ciencia. En efecto, el número de jurisconsultos de gran reputacion, llegó á ser muy escaso, de modo que, concentrado el privilegio en tan pocas manos, hubiesen ejercido sobre la jurisdiccion una exajerada influencia: tal fué, sin duda, la razon por la cual cesó de concedérseles.

Pero, la abolicion de este privilegio, no puso obstáculo alguno á la autoridad general de la literatura del derecho. Por el contrario, miéntras más degeneraba el espíritu científico, mayor importancia adquirian estos grandes monumentos del pasado. La extension inmensa de la literatura y las numerosas controversias á que daba lugar, hicieron bien pronto sentir la necesidad de someter su aplicacion á reglas ciertas. Ya Constantino parece haber establecido algunas (*a*); pero antes de la disposicion de Valentiniano III, se habian tomado medidas incompletas (*b*). Estableció éste reglas para reconocer en la práctica la opinion comun de los jurisconsultos, reglas muy diferentes de los antiguos principios sobre la unanimidad de las opiniones y que estaban en vigor al advenimiento de Justiniano. Las reglas de Valentiniano sobre la aplicacion de la literatura científica habian destruido

---

fesadas por los autores en general, es decir, la literatura del derecho. La autoridad de las *responsa*, obligatorias para el juez, era positiva y directa y á ello se refieren los textos citados. La influencia de la literatura era muy natural; pero su carácter no estaba determinado y no obligaba á ningun juez. Gayo habla de la autoridad de las *responsa*, sin excluir la influencia de la literatura. Hugo, Rechtsgesch. (Historia del Derecho), pág. 881, 11.ª ed., rechaza, ó, al ménos, pone en duda la autoridad de las *reponsa* y sólo admite la influencia de la literatura. Esta opinion me parece inconciliable con el empleo de la palabra *responsa*; pero esta discusion está fuera de mi propósito.

(*a*) L. I, 2, C. Th., de resp. prud. (I, 4), textos nuevamente descubiertos.

(*b*) L. 3 (al un.), C. Th. de resp. prud. (I, 4), del año 426.

muchas dificultades, pero no habian vencido todos los obstáculos (*a*), y esto fué lo que determinó á Justiniano á adoptar una medida enteramente nueva y mucho más decisiva. Hizo extraer de toda la literatura del derecho, sin tener en cuenta las exclusiones pronunciadas por Valentiniano, todo lo que juzgó necesario para la exposicion completa del derecho y principalmente para la administracion de justicia. Reunidos estos extractos en un volúmen y promulgados como ley, fué abolido lo demás. Erigida así en ley una parte del *jus*, nada quedó de éste tal como existia en su primitiva forma y, toda literatura nueva fué prohibida para el porvenir. El emperador sólo permite traducciones griegas de los textos latinos, y, como recurso mecánico, una indicacion del contenido de los títulos. Todo libro original y todo comentario sobre las leyes debia ser destruido y castigado su autor como falsario (*b*). Para conservar y propagar la ciencia quedó sola mente la enseñanza oral dada en las escuelas de derecho organizadas bajo nuevas bases por Justiniano (*c*). La prohibicion de los comentarios nos da á conocer bastante como debia ser esta enseñanza. El profesor no podia, sin duda alguna, intentar una recomposicion original de los textos, vivificando la ciencia y despertando el pensamiento de sus discípulos en virtud de este trabajo verificado á su vista, pues esto hubiera estado en oposicion directa con la proscripcion lanzada contra la literatura. La enseñanza debia reducirse á una operacion mecánica, y la obra del profesor debia limitarse á salvar las dificultades subjetivas que ofrecia á sus discípulos un asunto tan vasto y tan nuevo para ellos. El conjunto de estos reglamentos descansa sobre la idea de que la legislacion imperial respondia á todas las necesidades, y que, desde su promulgacion, toda produccion nueva sólo hubiera servido para perjudicar la obra del legislador.

Se creerá, acaso, que estas prescripciones son muy extrañas para tomarse al pié de la letra, y se tratará de darles un sentido figurado ó con alguna modificacion al ménos; pero esto seria un error á sus ojos. Sin duda, que Justiniano,

---

(*a*) Savigny, Historia del derecho romano en la Edad Media, I, § 3.
(*b*) L. I, § 12, L. 2 § 21, C. de vet. j. enucl (I, 17).
(*c*) Const. OMNEM.

á su advenimiento al imperio, como Federico II en 1740, oyó resonar en sus oidos un clamor que acusaba la confusion inexplicable del derecho y reclamaba la urgencia de una reforma radical. Una feliz circunstancia colocó cerca de él algunos sábios jurisconsultos, tales como no se veian hacia ya más de un siglo, y él mismo poseia, respecto á la cultura del derecho, un espíritu activo y ávido de gloria. Se quiso poner remedio al mal que resultaba más á la vista, disminuir esta masa de literatura científica inaccesible al estudio, y terminar las controversias. Semejante empresa no se habia intentado nunca, y en la córte de Justiniano podia creerse de buena fé que se habia operado la más saludable reforma y prevenido, por la severidad de las leyes, la vuelta de los antiguos abusos. Por otra parte, no cabia el temor de ahogar la vida científica, como hubiera sucedido si Adriano ó Marco Aurelio hubiesen tenido el mismo pensamiento, porque la decadencia científica era muy visible, y nada quedaba que perder. Las penas pronunciadas por el emperador, la destruccion de los libros y la prohibicion de componerlos, son medidas extrañas á nuestros usos y que hubieran sido imposibles de cumplirse en presencia de la imprenta y de las comunicaciones establecidas entre los diferentes pueblos de Europa; pero si tenemos en cuenta, para apreciar la violencia de estas medidas, el siglo en que vivia Justiniano, resultará que son consecuencia de una ilusion profundamente arraigada en el corazon del hombre, tratándose de la ciencia, y, sobre todo, de religion, á saber: la de imponer como verdad exclusiva doctrinas formuladas por nuestra inteligencia, sacrificando por miedo al error, la libertad del exámen. Justiniano creia fundar por medio de su legislacion, un órden de cosas inmutable, una fórmula de concordia (*) que nada debia turbar. ¿Es á nosotros á quienes toca juzgarlos tan severamente? Nosotros llevamos trece siglos de experiencia, y, sin embargo, los que acogieron con tanto entusiasmo la idea de los nuevos códigos, tenian en el fondo la misma que Justiniano, pero sin el poder ni la voluntad de realizar esta idea por medios tan violentos.

(*) Aquí el autor hace alusion á la fórmula concordia de 1577, establecida como ley para la iglesia luterana. (Nota de M. Guenoux.)

No pretendo yo, de ninguna manera, justificar la conducta de Justiniano, sino presentarla bajo un aspecto ménos odioso. He querido mostrar, sobre todo, que sus prescripciones deben tomarse á la letra, rechazando toda interpretacion sútil ó forzada.

§ XXVII.—*Valor práctico de las reglas del derecho romano sobre las fuentes del derecho.*

Despues de haber expuesto los principios del derecho romano sobre las fuentes del derecho (§ 22—26), réstame tratar del valor práctico que tales principios tienen hoy para nosotros. La cuestion se presenta para cada Estado en donde ha sido adoptado el derecho de Roma, y se subdivide de esta manera: 1.°, ¿es preciso someter estas reglas al desenvolvimiento jurídico (§ 21) que se ha verificado desde la recepcion del derecho romano hasta nuestros dias? 2.°, ¿debe someterse á estas reglas el desenvolvimiento futuro del derecho? La primera cuestion se aplica al contenido verdadero del derecho comun actual, la segunda á las modificaciones posibles de este derecho. Ambas cuestiones, ó más bien, estas dos fases de la misma cuestion, tendrán necesariamente una solucion idéntica.

A primera vista, nada parece más natural que resolver la cuestion de una manera afirmativa. En efecto, allí donde se ha adoptado el derecho romano, ¿por qué no se han de adoptar sus principios sobre la importante materia de la formacion del derecho? Los autores modernos no se proponen de la misma manera la cuestion, pero la resuelven implícitamente de un modo afirmativo, y, partiendo de este principio, citan el derecho romano reservándose, sin embargo, eludir las aplicaciones muy delicadas.

Pocas palabras voy á decir sobre lo que resultaria de la solucion afirmativa de la cuestion.

En cuanto á la formacion de las leyes propiamente dichas (§ 23) preciso seria renunciar á la cooperacion del Senado, pues en ningun país de Europa existe una Asamblea deliberante parecida al Senado del antiguo imperio romano, pero sí seria necesario buscar los caractéres esenciales de la ley en la ordenanza de Teodosio II. Los rescriptos emanados del soberano en un negocio particular (§ 24) y que cada juez

debe observar como verdaderas leyes, aun circunscribiéndose á los límites de la legislacion de las Novelas, presentan más grave dificultad. Muchos autores modernos niegan completamente su autoridad (*a*). Otros se atienen á las reglas del derecho romano, pero dándoles una significacion tácita muy diferente de la que ellas tienen en realidad. Así es que pasan en silencio el punto principal, esto es, la actividad legislativa del rescripto para el caso particular que ha sido dado y le dan fuerza de ley para el porvenir (*b*), fuerza que nunca han tenido los rescriptos sino solo los decretos segun las reglas mismas del derecho romano (§ 23, 24).

En cuanto al derecho consuetudinario (§ 25), la aplicacion del derecho romano no ha sido, en general, objeto de duda; solo ha sucedido que algunos autores, para rechazar una aplicacion particular del derecho consuetudinario, segun el derecho romano, han criticado la autoridad de este derecho (*c*).

Por lo que respecta al derecho científico (§ 26), ordinariamente se pasa en silencio la prohibicion de los libros de derecho hecha por Justiniano, y ningun autor moderno ha pretendido nunca que debieran destruirse sus libros en virtud de la ley romana: tal indiferencia para su propia obra no hubiera tenido excusa; y, sin embargo, ¿por qué ha de tener esta ley ménos autoridad que las otras leyes romanas sobre materias análogas?

En resúmen, se ve que los jurisconsultos modernos unas veces admiten, otras pasan en silencio, y siempre arbitrariamente, las prescripciones del derecho romano sobre las fuentes del derecho. Siendo imposible de cumplir el conjunto de estas prescripciones, se presentan desde luego dos argumentos contra la observancia de cada una de ellas. Primeramen-

---

(*a*) Mühlenbruch, I, § 35.

(*b*) Glück, I, § 96 que cita á los autores en pró y en contra de su opinion.

(*c*) Por ej. Schweitzer, de desuetudine, p. 52, 53, 84. Toda su obra se dirige contra el efecto del puro no uso; así es que afirma que el derecho romano es inaplicable á esta cuestion. Pero Schweitzer debe ser consultado para todas las demás cuestiones referentes á la materia y principalmente respecto de la *abrogatio* por la costumbre.

te, resulta inconsecuencia, á ménos que no se diga que ciertos puntos, por ejemplo, el de la destruccion de los libros, han sido abolidos por un nuevo derecho consuetudinario. En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que las reglas cuya aplicacion se mantiene, aisladas de las que se abandonan, cambian acaso de naturaleza, debiendo en su virtud ser tambien abandonadas.

Si se trata de penetrar más adelante y se pregunta por qué ciertas reglas, principalmente las que se refieren á las leyes, no tienen hoy aplicacion, resulta que están contenidas en el derecho público, el cual no ha sido adoptado (§ I, 17). Este principio no se circunscribe solo á la legislacion; abraza tambien las demás fuentes del derecho, de modo que, si nos atenemos rigurosamente á él, hemos de reconocer que el derecho romano es igualmente inaplicable á todas las fuentes del derecho: por donde, llegados á este punto, aparece que la mayor parte de las controversias, por ejemplo, la que se refiere al sentido de la L. 2, C., *quæ sit longa consuetudo*, carecede interés para la práctica. Todo lo que he dicho contra el uso del derecho romano tocante á la materia de las fuentes, es igualmente aplicable al derecho canónico.

En cuanto á las leyes del Imperio en los Estados germánicos abrazan tanto el derecho público como el privado; pero no se encuentra en ellas nada que se refiera á las fuentes del derecho, salvo el reconocimiento del derecho consuetudinario (§ 25), hecho en términos generales, y que, por otra parte, era enteramente supérfluo.

§ XXVIII.—*De las ideas modernas sobre las fuentes del derecho.*

Este es el momento de indicar los puntos principales sobre los cuales difieren mis ideas de las adoptadas generalmente. Me limitaré á enunciar las opiniones contrarias, sin citar los autores ni establecer controversia.

Ordinariamente, se le concede á la *legislacion* un lugar muy diferente del que yo le asigno. Lo más frecuente és que se le considere como la única, verdadera y legítima base del derecho, y á las otras fuentes como complementos secundarios sin los cuales podria pasarse perfectamente. En este sistema, la ciencia trabaja sobre una materia contingente y

variable, materia de que ella depende; los progresos de la legislacion deben disminuir en importancia cada dia y su último fin deberá ser su extincion completa. El valor exclusivo atribuido á los Códigos completos, en los tiempos modernos y las brillantes esperanzas que á ellos se refieren son consecuencias naturales del mismo sistema. Muchos, sin embargo, sin adoptar estas consecuencias, se atienen al sistema mismo, y, esta es la opinion que puede considerarse como la general de los prácticos más distinguidos.

Paso de la legislacion al *derecho científico.* Los autores antiguos son tratados en nuestros dias de una manera muy arbitraria y desigual. Unas veces se invoca su autoridad, y otras se la rechaza sin que, en ningun caso, se obedezca á principio alguno. Sobre todo, las opiniones de los antiguos prácticos se consideran á menudo como si hubiesen establecido reglas inmutables aplicables á todos los tiempos, como si cada siglo no tuviese su influencia que ejercer sobre la formacion del derecho. Esto es aceptar, sin apercibirse de ello, la posicion que el siglo de Valentiniano III ocupaba con respecto á los siglos anteriores. Pero la ley de Valentiniano era un hecho positivo que no puede considerarse implicado por sí mismo en ninguna época: fué motivada por la decadencia científica y el atraso general de los espíritus, mientras que la actividad intelectual no podria ser negada á nuestro tiempo, cualquiera que sea, por otra parte, el juicio que de ella se forme.

No puedo limitarme á exponer tan sumariamente como respecto de las anteriores fuentes, las opiniones de los autores modernos sobre el derecho consuetudinario. Yo mismo he reservado hasta aquí el desenvolvimiento de mis propias ideas sobre el derecho consuetudinario práctico (§ 18), porque no podian ser comprendidas sino en sus relaciones con otras opiniones generalmente adoptadas.

Créese comunmente que el derecho consuetudinario no es una fuente natural de derecho, por lo cual, para su reconocimiento, se necesita una legitimacion especial. Respecto á las repúblicas, se dice que estando el *populus*, que es el que adopta la costumbre, investido de la autoridad legislativa, descansa la costumbre necesariamente en el consentimiento implícito del legislador (*consensus tacitus specialis*), por lo cual no viene á ser otra cosa que una ley tácita. No sucede así

en las monarquías donde el pueblo, que funda la costumbre, no tiene parte alguna en el poder legislativo, y donde el legislador, es decir, el soberano, no tiene participacion en el establecimiento de la costumbre. Lo mismo puede decirse de las monarquías constitucionales; pues es muy posible que ningun miembro de las Cámaras haya contribuido á establecer la costumbre, y por otra parte la ley no se hace sin el concurso del soberano. Segun este sentido, en las monarquías aparece el derecho consuetudinario como una especie de oposicion de los súbditos contra el gobierno, como una usurpacion del poder supremo, lo cual exige una justificacion expresa que se encuentra en el consentimiento del legislador. Este consentimiento, que en las repúblicas resulta de la adopcion misma de la costumbre, viene aquí á añadirse exteriormente. Esto no presenta dificultad alguna para los países en que está en vigor el derecho romano, porque este derecho reconoce formalmente la autoridad de la costumbre, que, en su virtud, descansa sobre el *consensus generalis expressus* del legislador. Pero si la costumbre viene á abrogar una ley, la L. 2, C. *quæ sit longa consuetudo* parece exigir una condicion nueva, y se la encuentra en el *consensus specialis tacitus* del soberano; sin embargo, los autores no están de acuerdo sobre la aplicacion de este principio: los unos creen que la tolerancia de la costumbre implica el consentimiento del soberano; los otros exigen la prueba de que el soberano haya tenido conocimiento de ella *(a)*.

Todo lo que acabo de decir se aplica á la autoridad del derecho consuetudinario en general. Pero respecto de cada caso particular se considera como el único fundamento de la regla de derecho la simple costumbre, es decir, la repeticion de los mismos actos, de donde resulta que el orígen de cada regla se refiere necesariamente á actos particulares determinados, susceptibles de verificarse. Este estrecho punto de vista podria aplicarse porfectamente á las costumbres locales, únicas, es verdad, que se tratan ordinariamente; pero las principales reglas del derecho consuetudinario moderno que

(a) Glück, I, § 85. Guillaume, Rechtslehre von der Gewohnhet. (Ciencia jurídica de la costumbre). Osnabrück, 1801, § 24-27.

revisten á la vez los caractéres del derecho científico (§ 18, 20), no se percìben desde este punto de vista.

Estas ideas fundamentales han ejercido la mayor influencia en la solucion de las cuestiones particulares en que se divide esta materia, y que son: condiciones esenciales, prueba y efectos del derecho consuetudinario.

§ XXIX. — *De las ideas modernas sobre las fuentes del derecho.*—Continuacion.

Las condiciones esenciales para el establecimiento de un derecho consuetudinario se refieren, en general, á la naturaleza de los actos individuales en cuya virtud se establece este derecho (§ 28). Dichas condiciones no tienen más que una parcial aplicacion al derecho consuetudinario local, y por esto mismo los actos individuales no son el fundamento del derecho, sino los signos las manifestaciones de una idea comun de derecho. Establecidas tales restricciones, deben admitirse como verdaderas estas condiciones esenciales que ahora se tratan de enumerar y de analizar. Dícese, en efecto, que los actos propios para servir de base al establecimiento de un derecho consuetudinario deben reunir los caractéres siguientes:

1.° Estos actos deben existir en pluralidad. Mucho tiempo se ha disputado sobre su número. Un acto no basta; dos tampoco, á no ser, algunas veces, por excepcion. En fin; la mayor parte de los autores abandonan, y con razon, este punto á la decision del juez. Este exigirá, pues, segun los casos, mayor ó menor número de actos; pero fiel al principio de que la pluralidad de actos debe expresar una conviccion comun, rechazará aquellos que simulen falsamente esta apariencia *(a)*.

2.° Deben ser uniformes y constantes, es decir, que no hay costumbre donde existen actos fundádos en reglas contrarias: esto por sí mismo se comprende *(b)*.

(a) Lauterbach, I 3, § 36; Müller ad Struv, (Ilustracion á Struv), I. 3, § 20; Glück, I, § 86, N. I., y sobre todo Puchta, Gewohnheitsrecht, II, p. 79 y sig., p. 85.

(b) Puchta, II, p. 89 sig.

3.° Deben haberse repetido durante un largo espacio de tiempo. La cuestion de su duracion ha sido muy debatida. Unos exigen cien años, fundándose en un texto donde la palabra *longœvum* significa centenario. Otros, apoyándose en el derecho canónico, creen que se trata simplemente de una prescripcion ordinaria, del *longum tempus*, es decir, diez años, porque estando siempre presentes el pueblo y el príncipe, á los cuales se opone la prescripcion, no hay nunca lugar á la prescripcion de veinte años. Para prescribir contra el derecho canónico, contra la Iglesia, se exigen cuarenta años, y contra el soberano un tiempo inmemorial. Más tarde se convino no fijar ningun plazo, dejándolo todo á la prudencia del juez. Este partido era el más razonable. Aquí, lo mismo que para el número de los actos, el solo peligro contra el cual hay que asegurarse es el de tomar, como signos de una conviccion comun, hechos individuales, accidentales y pasajeros *(a)*.

4.° Pueden ser decisiones judiciales: este es un principio generalmente admitido. Algunos han pretendido tambien que las decisiones judiciales eran indispensables pára el establecimiento de un derecho consuetudinario *(b)*; pero esta opinion se ha rechazado, con justicia, por la mayor parte de los autores. Yo voy más lejos aún, y afirmo que los mismos juicios no son siempre base de un derecho consuetudinario, y que es preciso aplicarles, teniendo en cuenta su carácter especial, los principios expuestos más arriba (§ 20) sobre los trabajos prácticos de los jurisconsultos. Si, pues, en un juicio se aplica un derecho consuetudinario, este es un grave testimonio de la existencia de tal derecho. Lo mismo sucede cuando se conoce como verdadera una regla de derecho sin hacer mencion de su orígen. Pero si en una decision se toma la regla de una teoría viciosa, el juicio permanece bajo el dominio de la teoría, y no podria ser considerado como testimonio de una conviccion comun de derecho.

5.° Los autores de estos actos deben tener conciencia de

(a) Puchta, II, p. 93 sig.

(b) Lauterbach, I, 3, § 35; Müller, ad Struv.. I, 3, § 20; Glück, I. § 86; N. V. Guillaume. § 31, Puchta, II, p. 31 sig.

su necesidad como derecho *(necessitatis opinio)*. Si muchas personas repiten durante un largo espacio de tiempo actos de pura liberalidad, esto no establece costumbre, pues el donante y el donatario sabian que podian ellos, en virtud de su libre arbitrio, omitir ó modificar estos actos. Dicho principio es el más importante de todos, y pronto tendré ocasion de volver sobre él otra vez, y ya he citado (§ 25, nota *d*) los textos del derecho romano que formalmente lo expresan. Este principio es, además, la causa de que las sentencias nos aparezcan como manifestaciones del derecho consuetudinario, pues el juez debe inspirarse en el derecho y no en su capricho. Los contratos son menos propios para este fin, porque siempre entra en los mismos un elemento arbitrario; sin embargo, pueden ser tambien monumentos de derecho consuetudinario cuando expresan el reconocimiento de una regla de derecho de que hacen directa aplicacion *(a)*.

6.° Estos actos no deben apoyarse en un error. El principio, escrito en el derecho romano *(b)*, ha dado lugar á una inexplicable confusion de ideas. En efecto, si la regla debia ser establecida por la costumbre, es indudable que no existia cuando se verificó el primer hecho. Y si, por otro lado, este primer acto debia ir acompañado de la *necessitatis opinio*, reposa evidentemente sobre un error, y no puede ser contado entre los actos que establece. Ahora bien: este razonamiento se aplica del mismo modo al segundo acto, al tercero y así sucesivamente, de donde resulta que, á menos de abandonar una ú otra de estas reglas, el establecimiento del derecho consuetudinario es imposible. La contradiccion es de tal manera evidente, que algunos han admitido el error como necesariamente ligado al orígen del derecho consuetudinario, sin reflexionar que esta idea es incompatible con la doctrina de Celso *(c)*.

(a) Puchta II, pág. 33 sig.

(b) Véase más abajo, pág. 128, nota.

(c) Schweitzer, de desuetudine, p. 78. Hübner, Berichtigungen und Zusatze zu Höpfner. p. 164. Este último, para escapar de la L. 39 de leg., pretende que no se aplica á las falsas interpretaciones de las leyes. Pero la restriccion es puramente arbitraria, y además, ¿si el error puede fundar un derecho consuetudinario, por qué no el error sobre la interpretacion de una ley?

Segun mis principios, no hay contradiccion alguna, puesto que la regla de derecho es, no engendrada, sino solamente manifestada por la costumbre. Así, la *necessitatis opinio* sin error alguno puede y debe existir cuando se verifica el primer hecho. Este principio sufre, sin embargo, algunas restricciones; por ejemplo: si se enlaza á una falsa teoría una conviccion comun del pueblo (§ 20), la regla fundada sobre esta conviccion comun subsiste independientemente de la falsa teoría. De igual modo puede un acto ser de tal manera exterior y tan indiferente en sí mismo, que sea inútil buscarle por base una conviccion comun reflexiva (§ 12). Así se reconoce hoy que, respecto á la signatura y el sello de los testigos, se ha introducido desde la Edad Media una forma errónea, extraña al derecho romano; pero esta forma viciosa, consagrada por una larga costumbre, no es ménos legal (*a*).

7.° Dichos actos deben ser racionales *(rationabiles)*. He citado (pág. 114, n. *a*) los textos del derecho canónico donde se ha establecido este principio. Si se le atribuye un sentido positivo y se permite al juez apreciar el mérito y la sabiduría de la regla contenida en la costumbre, un poder tan ilimitado comprometeria la certidumbre del derecho. Por esto se dá ordinariamente á tal principio un sentido negativo, y se dirige por tanto únicamente contra las costumbres á todas luces irracionales y rechazadas por el sentido moral (*b*). Esta interpretacion, ménos peligrosa en la práctica, parece conformar con un texto de la Carolina que señala y condena muchas costumbres «*malas é insensatas*» (*c*). Pero no resulta de este

---

(*a*) Sobre el error relativo á las costumbres véase Puchta, II, página 62 sig.

(*b*) Glück, I, § 86, N. III, Cf. Puchta, II, pág. 49 sig.

(*c*) C. C. C., art, 218: «..... en virtud de nuestro poder imperial las abolimos, anulamos y deshacemos y prohibimos citarlas en adelante.» —Este pasaje no debe tomarse como disposicion general sobre la naturaleza del derecho consuetudinario, pues las costumbres se mencionan aquí accidentalmente. En efecto; muchos de los principios abolidos descansaban, no sobre costumbres, sino sobre leyes locales. El texto citado tiene por objeto establecer la relacion, en materia de penalidad, entre el derecho general y los derechos particulares, y de ninguna manera entre el derecho escrito y no escrito, cosa, por lo demás, indiferente á su propósito.

texto que las malas costumbres sean nulas por sí mismas y no susceptibles de aplicacion: el emperador, por el contrario, cuidando de abolirlas, reconoce su autoridad anterior, á ménos que no se quiera acusar á la ley de una gran impropiedad de lenguaje.

Si se combinan estos tres últimos caractéres, que debe necesariamente reunir el derecho consuetudinario, se obtienen los resultados siguientes. La regla es engendrada por una idea de derecho cuya conciencia comun tiene el pueblo, ó por la conviccion directa de que la regla es verdadera y obligatoria en sí misma, independientemente de toda sancion exterior. Esta conviccion puede manifestarse por la repeticion de los mismos actos, ó, en otros términos, por la costumbre. Así dichos actos no deben ser puramente voluntarios, liberalidades, por ejemplo, ó delitos frecuentemente repetidos, pues los delincuentes tienen conciencia de su injusticia y de su libertad. Tampoco deben descansar sobre un error probado, porque entónces faltaria esa conviccion directa, que es lo esencial aquí (*a*). Un ejemplo hará más sensible la idea: si un juez aplica una de las novelas no glosadas, porque en la edicion que posee no se distinguen de las otras (§ 17), y otros jueces siguen su ejemplo, esto no constituye una costumbre.

Decir que un acto erróneo ó irracional no puede servir de base á un derecho consuetudinario, es volver á la *necessitatis opinio,* y establecer una regla que sólo es la consecuencia y el desenvolvimiento de este principio general.

Como la justa apreciacion de la naturaleza del derecho consuetudinario depende de este principio, conviene exclarecerlo con algunos ejemplos.

El derecho romano prohibe el anatocismo: si este género de usura se estableciese en alguna parte clandestinamente,

---

(*a*) L. 39, de leg. (I, 3): «Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est in aliis similibus non obtinet.» Es decir, cuando una costumbre descansa, no en una idea de derecho comun á toda la nacion, sino sobre un error (lo que excluye necesariamente la conviccion universal), esta costumbre no funda un verdadero derecho consuetudinario, y no hay razon alguna para aplicarlo en el porvenir.

ocultándolo con habilidad, no constituiria derecho de costumbre, porque semejante ficcion es incompatible con un convencimiento leal. Ahora bien; los comerciantes acostumbran al fin de cada año, y algunas veces ántes, á hacer balance de sus cuentas y pasar el saldo á una cuenta nueva, saldo que devenga inmediatamente intereses, aunque en la cuenta figuren los intereses del período anterior. Este uso es contrario al derecho romano; pero se establece á la luz del dia. Obrar de otra manera perjudicaria la facilidad de la contabilidad del comercio; y, por otra parte, cabe hasta cierto punto en el espíritu de la ley romana, aunque sea contrario á la letra. En este caso queda abolida la prohibicion del derecho romano por el uso general del comercio, y no importa averiguar de qué manera los comerciantes se han dado cuenta de él, pues todos obedecen al sentimiento de la necesidad y obran con entera buena fé.

Vése, pues, en resúmen, que estas condiciones esenciales del derecho consuetudinario se aplican, no solamente á las costumbres locales, sino tambien al derecho consuetudinario general de los tiempos modernos. Establecida la distincion más arriba expuesta entre las diferentes partes de la práctica del derecho, resulta que parte de estas condiciones van contra la costumbre fundada en una falsa teoría, y las otras descansan en una justa apreciacion de las circunstancias y de las nuevas necesidades (§ 20): esta distincion no es otra cosa que la realizacion de los principios aquí desenvueltos. La falsa teoría es un *error*, *non ratione obtentus*, y por consiguiente incapaz de valer ni de obrar como derecho consuetudinario: la práctica creada por las necesidades de la civilizacion moderna se funda en la *ratio*, la *necessitatis opinio*, y tiene autoridad de un verdadero derecho consuetudinario, aun cuando al establecerse viniese mezclada la teoría con más de un error histórico.

8.° Por último, muchos autores exigen como condicion esencial del derecho consuetudinario, la publicidad de los actos que lo establecen. Sin duda alguna, que el carácter aparente ú oculto de ciertos actos tiene influencia sobre el derecho consuetudinario: ya he citado sobre ello algunos ejemplos; pero todo se reduce á mostrar que estos actos son más ó menos propios para expresar la condicion comun que les sirve de base. Los que conceden una especial importancia á

la publicidad, fundan la costumbre en el *consensus populi* ó el *consensus principis*, y parten de un error fundamental sobre la naturaleza del derecho consuetudinario (§ 28), de donde concluyo que la publicidad de los actos no es en manera alguna condicion esencial de este derecho *(a)*.

§ XXX.—*De las ideas modernas sobre las fuentes del derecho.*—Continuacion.

Cuando se habla de la prueba de un derecho consuetudinario, se imagina un proceso en donde este derecho es invocado por una de las partes; y se pregunta cómo podia el juez tener la prueba de su existencia. Una respuesta satisfactoria no es posible sin haber resuelto préviamente la cuestion más general de saber, cómo independientemente de todo proceso, llega á verificarse el reconocimiento de un derecho consuetudinario *(b)*.

Si se trasladase nuestro espíritu á los miembros de la comunidad en cuyo seno nace el derecho consuetudinario, y se desenvuelve y obra (§ 7, 8), la cuestion se resolveria por sí misma. El reconocimiento del derecho es para ellos un hecho *inmediato*, puesto que el derecho mismo radica en su conciencia, y, en este sentido, toda costumbre es un hecho de notoriedad *(c)*. Y no se diga que esto es mucho probar, porque entonces no habria nunca incertidumbre ni debates posibles sobre la existencia de un derecho consuetudinario: toda la cuestion se reduce á saber para quién y en qué límites existe la notoriedad. Nada más notorio que la lengua de un pueblo, y, sin embargo, un viajero extranjero podria no conocer de ella una palabra. Lo mismo sucede con el derecho consuetudinario: para los que se encuentran fuera del círculo de la comunidad, su conocimiento no puede ser más que *mediato* y artificialmente adquirido. Pero no hay necesidad de ir á buscar un extranjero: en el seno mismo de la nacion los

---

(*a*) Puchta, II, p. 40 y sig.

(*b*) Cf. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, lib. III, cap. 3, 4.

(*c*) L. 36 de leg. (1,3): «Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.»

impúberos, y, respecto de muchas materias, las mujeres se encuentran en el mismo caso. Así, en la comunidad misma donde nace el derecho consuetudinario, debemos distinguir dos clases de personas; las unas iniciadas, las otras extrañas al conocimiento comun del derecho, y todas sometidas al imperio de la costumbre. El número de estos iniciados varía, segun las materias, y tambien segun el carácter y el grado de civilizacion de cada pueblo; y no debemos considerarlos como jurisconsultos, sino simplemente como poseedores del conocimiento inmediato del derecho consuetudinario: de la misma manera, sobre este conocimiento inmediato del derecho descansa la antigua institucion de los regidores germánicos, los cuales formaban un cuerpo de iniciados.

Trátase ahora de saber cómo las personas extrañas al círculo de los iniciados llegan, ya en virtud de una necesidad práctica, ó por deseo de instruirse, al conocimiento mediato del derecho consuetudidario, el único accesible para ellos. Pueden conocer el derecho por su aplicacion real, y ya he dicho (§ 29) los caractéres que debia entonces reunir la práctica. Pueden tambien conocerlo por el testimonio de los iniciados, los cuales tienen de él un conocimiento inmediato. Este testimonio puede ser pedido y obtenido para la solucion actual de una cuestion particular de derecho: puede tambien obtenerse sobre materiales, redactado por escrito, y llegar de esta manera á ser susceptible de una aplicacion más extensa y durable.

Las declaraciones de los antiguos regidores (Weisthümer) *(a)*, nos proporcionan un ejemplo de semejantes testimonios producidos por una necesidad especial del tiempo presente. Este uso no era enteramente extraño á los romanos, y tene-

---

(a) Heichhorn, Deutsches Privatrecht, § 5, 14, 26.—Acaso se crea que este uso, semejante á la institucion de los antiguos regidores, si era bueno para tiempos tan poco civilizados, no es aplicable en nuestros dias. Pero en Inglaterra, por ejemplo, se descubren perfectamente las necesidades sociales por medio de estas averiguaciones, donde se oyen á personas de todas las clases. Las mismas formas podian ser en parte adoptadas entre nosotros, cuando se trata de conocer la existencia de una costumbre.

mos de él un monumento notable. Se solicitó de Justiniano una ley nueva sobre el *fœnus nauticum* ó préstamo á la gruesa; el emperador encargó á un funcionario público hacer una investigacion sobre las reglas seguidas para esta clase de contrato, recoger los testimonios de los comerciantes bajo la fé del juramento, y con arreglo á estos testimonios expidió una ley confirmatoria de la costumbre *(a)*. Una investigacion semejante sobre el derecho consuetudinario puede hacerse hoy tambien á propósito de un negocio particular: he de tratar muy pronto de este asunto, y expondré la marcha que debe seguir el juez cuando la costumbre es dudosa.

Entre los actos destinados á hacer constar el derecho consuetudinario de una manera general y para el porvenir, es preciso colocar un gran número de declaraciones de *regidores*, que no han sido dadas con ocasion de un negocio particular; las antiguas leyes populares, y más tarde los libros de derecho; en Alemania el derecho municipal y territorial; en Italia los estatutos de las ciudades, y en Francia los usos. Sin duda alguna que, en estas diversas recopilaciones, más de una disposicion legislativa viene á completar la costumbre; despues, por consecuencia del tiempo, han sido todas consideradas como verdaderas leyes, y de esta manera cayó en olvido su primitivo destino, que era hacer constar el derecho consuetudinario.

De desear seria, para conservar y propagar el derecho consuetudinario moderno, que poseyésemos compilaciones parecidas, compuestas con el mismo espíritu. Tal es el verdadero motivo de los códigos llamados provinciales, los cuales se diferencian de los generales, en que no abrazan el sistema del derecho en su conjunto, sino que se limitan á ciertas materias, respecto á las cuales el redactor de estos códigos tiene un especial conocimiento, que lo hace maestro absoluto en su materia. Pero no seria ésta obra de un dia, ni trabajo que se concluyera como un negocio ordinario, necesitando pronta resolucion; seria, por el contrario, obra lenta y progresiva, cuya marcha deberia regularse por la jurisprudencia de los tribunales superiores. El éxito seria con-

---

(a) Nov. 106. C. Puchta, I, p. 116, II, p. 133.

forme á la eleccion de los redactores, que podrian defenderse de una doble preocupacion: una tendencia exclusiva hácia la centralizacion y la uniformidad del derecho, que, siendo cómodas para el juez, facilitan mucho la inspeccion general del mecanismo de los negocios, y un cariño demasiado vivo por la antigüedad en sí misma y por el ca'or local. Buena y bella cosa es, sin duda alguua, el amor por la antigüedad, pero menos bella que la verdad pura, y menos buena que la satisfaccion de una necesidad humana.

Para que saliera bien este trabajo, deberia ejecutarse con el mismo espíritu que las antiguas declaraciones de regidores ya citadas; sobre todo, seria necesario no olvidar el testimonio de las personas extrañas á la ciencia del derecho, porque á menudo en ellas, á pesar de carecer de teoría, es en donde se encuentra la intuicion más viva de la realidad (véase nota *a*, p. 131).

Hechas estas consideraciones generales sobre los signos distintivos del derecho consuetudinario, veamos ahora cuál es la situacion del juez encargado de aplicarlo. Se considera generalmente el derecho consuetudinario, y se le asimila á todos los hechos susceptibles de constituir un derecho, como un contrato ó un testamento; y si el juez no puede admitir hecho alguno que no esté alegado y probado por las partes, el derecho consuetudinario debe someterse, para su alegacion y su prueba, á las mismas reglas que todos los hechos en general, á las mismas reglas que los contratos y los testamentos. Este principio, aunque dulcificado por algunos autores, para hacer ménos extraña su aplicacion, debe ser enteramente abandonado (*a*).

Toda relacion de derecho se compone de dos elementos, uno general y otro particular: uno es la regla de derecho, el otro es el hecho que dá lugar á la aplicacion de la regla (§ 5). El juez puede y debe conocer la regla (*jus novit curia*); pero puede y debe ignorar el hecho en tanto que no le haya sido expuesto y probado por una de las partes. Subsiste esta distincion, ya sea que emane la regla de la ley, del derecho consuetudinario ó del derecho científico. La doctrina que com-

(*a*) Puchta, I, p. 105, II, p. 151, sig. Cf. Lange Begründungslehre del Rechts Erlagen, 1821, § 16.

bato confunde, por el contrario, estos dos elementos constitutivos de la relacion de derecho y aplica á la regla lo que sólo es verdad respecto al hecho: sólo el hecho particular es aquel cuya prueba exigen las reglas del procedimiento; y este carácter especial del hecho particular, es el que expresa la palabra *hecho*, tomada en su sentido técnico.

Dicha palabra, como toda expresion técnica que restringe el sentido primitivo de una voz, se presta al equívoco, y hé aquí lo que ha sido causa ó, al ménos, confirmado el error. Así la palabra *hecho*, tomada en un sentido más general, puede aplicarse al establecimiento de un derecho consuetudinario; y tal es el sentido dado á la palabra hecho por los partidarios de la opinion que refuto. Mas, para ser consecuentes, deberian extender este principio á la ley, pues, ésta tambien arranca de la promulgacion, y por tanto, el juez no deberia aplicar ninguna ley si una de las partes no alegaba y probaba tanto la existencia como el contenido. Hé aquí una consecuencia importante á la que no se ha llegado nunca, á saber, que bien considerado, bajo este punto de vista general, son de la misma naturaleza la ley y la costumbre. Si, dejando á un lado la discusion de los principios, se busca en el derecho romano la confirmacion de esta doctrina (*a*), resultará que de hecho no contiene disposicion alguna sobre la prueba del derecho consuetudinario.

Hay, sin embargo, en esta doctrina un elemento verdadero. Espero que, reconociéndolo y reduciéndolo á su justo valor, ha de refutar el error que con él se mezcla (*b*). El derecho en los tiempos modernos ha revestido un carácter artificial: se exigen al juez estudios científicos, se le somete á diversas pruebas que le colocan en una posicion muy diferente que la de los antiguos regidores. Daban éstos sobre cada pleito testimonio del derecho vivo, del cual tenian, como miembros de la nacion, conciencia inmediata, acaso más clara y más distinta por consecuencia de su gran práctica. Hoy, si por un lado le pedimos al juez mucho más, por otro

---

(*a*) Tal parece ser la opinion de Heichhorn, Deusches Privatrecht, § 26.

(*b*) Cf. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, p. 165 sig.

lado debemos exigirle ménos. Tiene necesidad para juzgar de una ciencia penosamente adquirida, y no debemos pretender además que posea, como los antiguos regidores, esa conciencia inmediata del derecho que solamente se adquiere con la frecuente comunicacion de la vida real (*a*). La posicion del juez respecto á la legislacion ó al derecho científico no es, por tanto, la misma que respecto al derecho consuetudinario. El juez puede y debe conocer la legislacion y el derecho científico; si los viola por ignorancia, falta á su deber; pero en materia de derecho consuetudinario es ménos rigurosa su obligacion. El litigante que temiera la omision, en daño suyo, de una regla del derecho consuetudinario, debe exponer esta regla y tratar de producir en el juez la misma conviccion: de otra manera el juez no es responsable, y el litigante debe imputar á su negligencia ó á su torpeza el perjuicio que experimente.

Aquí se revela la semejanza que en la práctica aparece entre el derecho consuetudinario y el hecho propiamente dicho, pues el hecho debe ser alegado y probado. Pero esta semejanza está léjos de ser una asimilacion completa: existen entre ambos órdenes de hechos diferencias prácticas esenciales (*b*). El juez no puede suplir el hecho que no se alega por la parte, mientras que debe suplir el derecho consuetudinario no alegado, cualquiera que sea la forma ú ocasion en que ha llegado á su conocimiento. Los hechos del proceso deben ser presentados dentro de ciertos plazos y segun ciertas formas, determinadas por las reglas del procedimiento; el derecho consuetudinario puede influir sobre el juicio cualquiera que sea su estado, y el juez debe, en esta materia, admitir toda clase de pruebas. Bajo este punto de vista el derecho consuetudinario es completamente semejante á las le-

---

(*a*) Nace esto en parte de que nosotros hemos adoptado un derecho extranjero, el cual, por su naturaleza, exige un estudio científico; pero no debe creerse que sea este el motivo principal. Los ingleses no tienen derecho extraño sino una masa enorme de actas del parlamento y de decisiones judiciales, cuyo estudio, como el del derecho romano entre nosotros, da á los jueces ingleses un carácter enteramente distinto del de los antiguos regidores.

(*b*) Puchta, Gewohnheitsrecht, p. 169, 176, 187 ysig:

yes extranjeras de las que algunas veces depende la decision de un proceso. El conocimiento de estas leyes no es obligatorio para el juez: las partes deben buscarlas y alegarlas de la misma manera que el derecho consuetudinario, y ciertamente que la necesidad de esta alegacion no las asimila tampoco á los hechos propiamente dichos. Si en un litigio se presenta una cuestion de derecho consuetudinario, puede el juez para llegar á su conocimiento determinarse segun las circunstancias: puede buscar su conviccion en la práctica si reune ésta las condiciones que ha expuesto más arriba (§ 29), puede consultar á las personas inmediatamente iniciadas en el derecho consuetudinario, y éstas figuran entonces como prácticos, no como testigos, puesto que no tienen que deponer sobre un hecho material (*a*). La adopcion de tal medio no puede considerarse como una aplicacion directa de la Novela de que ya se ha hablado (nota *d*), pues Justiniano no prescribe al juez la marcha que ha de seguir para cerciorarse de un derecho consuetudinario, sino que expone únicamente la manera cómo se ha servido de él en un caso particular para dar una ley conforme á la costumbre. Pero el juez que sigue este ejemplo, obra conforme al espíritu de nuestras leyes, y, bajo esta relacion, la novela de Justiniano puede ser considerada como autoridad.

Cuando la regla del derecho consuetudinario, debatida en el proceso, hubiera sido ya aplicada en otro negocio, de modo que el mismo juez ú otro tribunal, despues de un maduro exámen, hubiesen reconocido la regla como verdadera, constituye esta sentencia una autoridad grave, un testimonio oficial que abreviaria ó terminaria los debates, pues la oposicion de la parte contraria ha debido necesariamente despertar en el primer litigio la atencion del magistrado. Por eso aconseja Ulpiano al juez que indague, ante todo, si la costumbre se halla confirmada por una decision anterior (*b*).

(*a*) Puchta, II, p. 125 y sig., p. 135 y sig. Cita tambien los autores que aconsejan este método.—Cf. nota *c*.

(*b*) L. 34, de leg. (1, 3): «Cum de consuetudine civitatis vel provinciæ confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, *an etiam contradictio aliquando juditio çonsuetudo firmata sit.*» Cf. Puchta, I, p. 96, II, p. 129 y sig. Erróneamente se ha sacado como

No olvidemos que, esta diferencia en el modo de ser práctico de las fuentes, no se refiere á la naturaleza misma del derecho consuetudinario, sino á la imperfeccion de nuestra jurisprudencia, imperfeccion de que no somos responsables y que debemos corregir cada vez mejor. Esta especie de desviacion que la necesidad nos impone, debe ser contenida en límites tan estrechos como sea posible. Desde luego, es inaplicable á las costumbres que forman parte del derecho comun. Todas estas costumbres, sin excepcion alguna, están reconocidas por la ciencia que les ha servido de intermediaria, y no tienen este carácter de popularidad que es el único difícil de conocer. Así, cuando un litigante sostiene que el *nudum pactum* da lugar á una accion, que las *leges restitutæ* del Código y las prescripciones del derecho público de los romanos carecen de autoridad práctica. se afirman principios del derecho consuetudinario comun, pero nunca los hará el juez motivo de averiguaciones, ni exigirá pruebas ni testimonio alguno para su aplicacion.

El derecho consuetudinario local es, pues, el único respecto al cual es preciso recurrir á procedimientos excepcionales; y áun cesará esta necesidad si, por fortuna, existen recopilaciones generales que reunan las condiciones enumeradas, en donde se consignen las reglas de la costumbre. Si estas colecciones se formaran en nuestros dias, se destruiria toda incertidumbre, puesto que indudablemente seria confirmada su autoridad por el poder legislativo.

En cuanto á sus efectos, el derecho consuetudinario debe ponerse al mismo nivel que las leyes, pues el derecho romano, que se toma aquí por tipo, lo declara así expresamente; pero, en sus aplicaciones particulares, el derecho consuetudinario debe ejercer su accion de diferente manera, segun que exista ya ó no una ley sobre el mismo punto. En este último caso no existe dificultad alguna, porque, evidentemente, la costumbre llena el vacío de la ley. En el segundo caso, si la costumbre está en oposicion con una ley, segun el principio de igualdad establecido entre la legislacion y el derecho consuetudinario, debe prevalecer la regla más re-

---

consecuencia de este texto que eran absolutamente precisas decisiones judiciales para establecer un derecho consuetudinario (§ 29).

ciente, cualquiera que sea su orígen. La L. 2, C. *quæ sit longa consuetudo*, dejaba algunas dudas sobre este punto; pero la mayor parte de los autores han reconocido á la costumbre el poder de modificar la legislacion, salvo varias excepciones que fundan en esta ley (*a*).

Algunos autores modernos distinguen si la ley ha sido simplemente abolida por el no uso (desuetudo) ó reemplazada por una disposicion nueva (consuetudo abrogatoria): para este último caso reconocen la autoridad de la costumbre y la niegan respecto al primero (*b*). Pero en el texto citado del Código no se encuentra señal de esta distincion, pues, si se toma á la letra, se aplica igualmente á los dos casos. En efecto, una costumbre que atenúa ó agrava la pena establecida en una ley, no prevalece (*vincit*) menos sobre la ley que cuando anula enteramente una penalidad y declara lícitos los actos otras veces prohibidos. Esta distincion no está fundada en la naturaleza del derecho consuetudinario. No hay duda que la palabra *desuetudo* oculta con frecuencia un hecho que nada de comun tiene con el derecho consuetudinario; me refiero á la no aplicacion de una ley durante un largo espacio de tiempo, careciendo de materia para su aplicacion. Este hecho negativo no manifiesta ninguna conviccion de derecho ni establece ningun derecho consuetudinario; pero si se hubiesen presentado los casos previstos por la ley, y se hubiese olvidado servirse de ella, este abandono de la ley convertido en hábito, seria tan eficaz para abolirla como si una costumbre positiva la hubiese reemplazado por una regla contraria. Puede tambien decirse que toda *desuetudo* implica una regla contraria. Así, por ejemplo, la prohibicion del anatocismo, sin aplicacion para las cuentas corrientes del comercio, es una *desuetudo*; pero recobra su validez la regla general, tratándose de la estipulacion de intereses, que no está formalmente prohibida.

Cuando una costumbre local se encuentra en oposicion con el interés del Estado, ó con una ley general absoluta-

---

(*a*) Véase el Apéndice núm. II.

(*b*) Esta opinion es la que se propuso establecer Schweitzer, de desuetudine. Lips, 1801. Se ha adoptado igualmente por Hübner, Berichtigungen-und Zusatze zu Hopfner. p. 159. Los verdaderos principios sobre la materia están perfectamente expuestos en Puchta Gewrohnheitsrecht, II, p. 199 y sig.

esta costumbre, aunque sea posterior á la ley, no tiene autoridad alguna. Este principio no se deriva solamente del texto, del Código sanamente interpretado (L. 2, C. quæ sit longa cons.), sino que se desprende tambien de la naturaleza misma de las relaciones entre el Estado y sus diversos miembros (*a*). Así, por ejemplo, una ley sobre la usura seria una ley general cuya aplicacion no podria ser estorbada por ninguna costumbre local, anterior ó posterior á su promulgacion.

§ XXXI.—*Principios de las legislaciones modernas sobre las fuentes del derecho.*

Las doctrinas de los autores modernos, precedentemente expuestas, no podian dejar de influir sobre los códigos que se han hecho en nuestros dias. Trátase ahora de saber de qué manera los autores de estos códigos consideran las fuentes del derecho.

El Código prusiano, el primero en fecha, deroga el derecho comun anterior, se declara fuente exclusiva de derecho, y en verdad debia contener todo lo que era aún susceptible de aplicacion (*b*). Despues regula la formacion de las leyes futuras y la forma de su publicacion (*c*); disposiciones muy oportunas, puesto que el Código abrazaba muchas materias del derecho público; pero pronto resultaron insuficientes y fueron reemplazadas por otras. El derecho consuetudinario general, hasta entonces en vigor, estaba comprendido en la abolicion del derecho comun: en cuanto á las costumbres locales, las que eran susceptibles de aplicacion debian ser recopiladas en un plazo de dos años, y con las leyes provinciales formar los códigos provinciales. Las costumbres locales que no se incluyeran en las recopilaciones, sólo podian ser admitidas como complementos del Código y en el pequeño número de casos en que el Código se refiere á ellas (*d*). Nada

(*a*) Véase el Apéndice núm. II.
(*b*) Publikations patent, § 1.
(*c*) L. R. Einleitung, § 7-11.
(*d*) Publick. Patent, § 7.—L. R. Einleitung, § 3, 4.

dice el Código sobre la formacion del futuro derecho consuetudinario, pero segun las disposiciones precedentes solo podrá formarse un derecho consuetudinario local. Por último, respecto al derecho científico, el Código se expresa de esta manera: «no deben tenerse en cuenta, para la decision de un proceso, las opiniones de los jurisconsultos, en las sentencias anteriores de los tribunales (*a*).» A pesar de la generalidad de esta última expresion, es necesario entender que se refiere á la jurisprudencia (præjudicia), y no á la autoridad de la cosa juzgada; y, cuando el Código prohibe atenerse á las opiniones de los jurisconsultos, quiere, sin duda, significar que estas opiniones no tienen fuerza alguna obligatoria como leyes, pues, la influencia moral que ejercen sobre la conviccion del juez, muchas veces sin que de ello se aperciba, no podria impedirlo ley alguna.

El derecho público no se incluye en el Código francés; así es que no se encuentra en este Código ninguna disposicion directa sobre el asunto que nos ocupa. La abolicion del derecho que anteriormente existia sobre las materias comprendidas en el nuevo Código, fué pronunciada por una ley particular (*b*). El Código se limita á esta disposicion, por demás importante: que el juez no puede dispensarse de juzgar bajo pretexto de silencio ó de oscuridad de la ley (*c*). De esta disposicion resulta que, en casos semejantes, la ley se remite á la prudencia del juez, y como el tribunal de casacion reprime los abusos de esta libertad, forman estas disposiciones un sistema completo. Respecto de ciertas materias especiales como las servidumbres y el arrendamiento, el Código se remite á las costumbres locales y á los reglamentos particula-

---

(*a*) L. R. Einleit, § 6.

(*b*) Ley de 21 de Marzo de 1804: «A contar desde el dia en qne son ejecutorias las disposiciones que componen el Código civil, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales ó locales, los estatutos y reglamentos cesan de tener fuerza de ley general ó particular en las materias que son objeto de estas leyes.» *Coutumes générales ou locales* no quiere decir derecho consuetudinario general ó particular, sino derecho particular de una provincia ó de una localidad (escrito ó no escrito). El derecho consuetudinario se llama *usage*.

(*c*) Código civil, art. 4.°

res (*a*). El Código carece de disposiciones sobre la formacion del derecho venidero; pero su silencio se interpreta fácilmente: se desconoce toda costumbre general, y las costumbres locales están admitidas en los casos especiales previstos por el Código.

El Código austriaco deroga el derecho comun, y, nominalmente, las costumbres, por el acta de promulgacion de 1811. Este Código, consagrado exclusivamente al derecho privado, no contiene disposicion alguna sobre la legislacion. Las costumbres solo son aplicables cuando la ley se refiere á ellas expresamente. En cuanto á las decisiones judiciales se limita á decir que no tienen fuerza de ley, y que solo causan efecto entre las partes en los casos en que han sido dadas (*b*).

En todos estos códigos las disposiciones ménos importantes son las relativas á la legislacion y al derecho consuetudinario: á la legislacion, porque es necesario buscarle en otra parte el complemento necesario; á la costumbre, porque este derecho bajo su primitiva forma popular, separado del derecho científico, casi no existe en los tiempos modernos. La relacion de las costumbres locales con el derecho general, es muy notable, pero se halla fuera de mi propósito. Más notable aún es la relacion establecida entre los nuevos códigos y la ciencia, la influencia que conservan la literatura y la jurisprudencia sobre la administracion de justicia, relacion que se manifiesta en el desarrollo del nuevo derecho conforme al conocimiento de su espíritu confiado á la magistratura; y, aunque los textos positivos nada ó casi nada hayan declarado sobre él, es indudable que este desenvolvimiento era deseado, esperado y preparado por el legislador, y el éxito ha coronado sus esperanzas.

Considerando los motivos que han determinado la promulgacion de todos estos Códigos, encontraremos en ellos grandes diferencias. En Prusia, no tuvo la reforma ningun motivo político: el legislador obraba únicamente con la benéfica

(*a*) Código civil, artículos 645, 650, 663, 671, 674, 1736, 1754, 1758, 1777.—Los artículos 1135, 1159, 1160, no tienen más que una relacion aparente.

(*b*) Osterreich Gesetzbuch, § 10, 12.

intencion de corregir una legislacion defectuosa y reemplazarla por otra mejor. El mal se hacia sentir sobre todo en el dominio de la literatura, respecto á cuyo punto debe advertirse que, si bien existia la ciencia y no faltaban trabajos particulares se carecia completamente de todo órden y concierto, y, sobre todo, la parte práctica de la ciencia del derecho, muy por bajo del desarrollo general de las otras ciencias, habia perdido toda su autoridad moral. Util y necesario pareció romper completamente con esta literatura; de modo que, un pensamiento semejante al de Justiniano impulsó al legislador, salvo las diferencias inherentes á la independencia y á la cultura de la civilizacion moderna.

De esta manera, lejos de pensar en proscribir la ciencia, querian fundar una ciencia nueva, como se nota en su construccion y en su forma didáctica. El objeto negativo del legislador se vió prontamente realizado mediante el abandono casi total de la antigua literatura; sin embargo, durante cerca de cuarenta años, parece que la ciencia se resiste á nacer: despues de algun tiempo fué cuando principió un movimiento intelectual que ofrece hoy las mejores esperanzas. El fin directo del nuevo Código era fundar la uniformidad de la práctica sobre reglas exclusivas y completas; ahora bien, para juzgar si se ha conseguido ó no este objeto, seria preciso comparar la jurisprudencia de los tribunales; pero hasta hoy, en que manos hábiles comienzan á recojerlos, nos han faltado por mucho tiempo los materiales científicos necesarios para este trabajo (*a*).

Por el contrario, era muy distinto el estado de las cosas en Francia, pues no presentándose en manera alguna como intolerables las imperfecciones de la jurisprudencia en este país, hay que atribuir el nuevo Código á un desenvolvimiento natural de la revolucion. En efecto, así como la revolucion queria destruir las antiguas instituciones y hacer desaparecer la diversidad de provincias, de la misma manera el Código tenia por objeto abolir las diferencias locales y fundar la unidad de la Francia en el dominio del derecho. Y

(*a*) Simon un Strampf, Rechtsprüche Preussischer Gerichtshöfs (sentencias de los jurados prusianos). Berlin, 1828.

es de notar que Francia, antes de la revolucion, si bien era inferior á Alemania en cuanto á la teoría del derecho, le era por el contrario muy superior en cuanto á la práctica, porque la elocuencia del foro, el contacto de costumbres, el prestigio y la influencia de los parlamentos, todo contribuia á dar á las funciones de los jueces y de los abogados un carácter de inteligencia y de nobleza, que rodeaba sus personas de una gran consideracion.

Los redactores del Código no quisieron abolir la antigua jurisprudencia, cuya accion creian, sin duda alguna, que habia de durar mucho tiempo, toda vez que trataron muy brevemente muchas materias importantísimas del derecho. Su creencia no se ha visto defraudada, pues, la literatura nueva se liga de tal manera con la antigua, que apenas puede admitirse que una y otra hayan estado separadas por el gran acontecimiento de la promulgacion de un Código. No olvidemos que, entre los varios elementos de la vida pública, es quizás el derecho civil el ménos conmovido y modificado por la revolucion.

Revélanse tambien en esta cuestion el espíritu de las diferentes naciones, sus cualidades y sus defectos. Corresponde á los gobernantes apreciar las necesidades de los pueblos, y la naturaleza de los facultades de que disponen para llevar á cabo los grandes hechos: así en Alemania no convendria aún en mucho tiempo dejar al derecho aquel libre desenvolvimiento que tuvo durante la Edad Media y del cual se deriva la práctica moderna; por otra parte, no convendria tampoco confiar este desenvolvimiento del derecho á una clase de funcionarios superiores; por ejemplo, á los ministros de la justicia, los cuales tratarian este asunto como tratan los negocios corrientes que exigen un pronto despacho. La ciencia sin la práctica ó la práctica sin la ciencia no podrian lograr el resultado apetecido, por lo cual es preciso la reunion de ambas: para conseguirlo en cada uno de los grandes Estados, podria formarse una comision legislativa, compuesta de sábios pensadores y de prácticos experimentados, que mantuvieran relaciones contínuas con la alta magistratura y recogiesen los resultados de la jurisprudencia. Semejante institucion realizaria, con conocimiento de causa y con más seguridad, lo que los siglos anteriores hiciesen inconscientemente, y tendria precisamente, aunque bajo una forma distinta, los mis-

mos efectos que la revision anual del derecho romano por el edicto del pretor. Y téngase en cuenta que no hablo aquí sino de los progresos interiores del derecho que se realizan en virtud de la fuerza orgánica (§ 7). Esta institucion, además, podria satisfacer con reflexion é inteligencia muchas necesidades, que, de otra manera, exigirían la intervencion del legislador (§ 13).

Para probar, ahora, que la distincion antes establecida no no es arbitraria, sino fundada, por el contrario, en la experiencia, y generalmente admitida, ya que no rigurosamente demostrada, bastará citar los países donde los varios poderes políticos concurren á la confeccion de la ley, como Francia é Inglaterra, en los cuales, á pesar del sentido exclusivo con que cada uno de estos poderes vela por el mantenimiento de su autoridad legislativa, el desenvolvimiento interno y tácito del derecho está de tal manera fuera de toda controversia, que nada impide que se realice por sí mismo y sin obstáculos. Esto, no obstante, cuando una institucion toca á los intereses políticos, exige entonces una forma más precisa y entra ya en el dominio de la legislacion: y esto mismo debemos decir, y todavía, con mayor razon, cuando se trata de una recomposicion general y sistemática del derecho, tal como el Código de Napoleon.

CAPÍTULO IV.

INTERPRETACION DE LAS LEYES.

§ XXXII. —*Definicion de la interpretacion.—Interpretacion legislativa.—Interpretacion doctrinal.*

Hasta aquí he considerado el contenido de las fuentes como reglas del derecho y bajo un punto de vista exterior; mas para que éstas pasen á formar parte de la vida real, nos falta todavía algo por hacer: es preciso que nos las asimilemos de una manera determinada. Esta asimilacion puede recibir muchas y diversas aplicaciones: así, el jurisconsulto se sirve de ella para recomponer la ciencia bajo nuevas formas; el magistrado, para dictar sus decisiones; el ciudadano, para regular con certidumbre sus relaciones sociales. No tengo el propósito de examinar los caractéres particulares de estas diversas aplicaciones; me basta dejar sentado que todas tienen por base un elemento comun, la asimilacion de las fuentes, y este elemento comun es el que voy á estudiar en el presente capítulo.

Lo que vamos á hacer es un acto intelectual, acto por demás simple, pero que es, sin embargo, un trabajo científico, principio y fundamento de la ciencia del derecho. He hablado ya de la ciencia como de un elemento que concurre á la formacion del derecho; pues bien, ahora voy á considerarla bajo una fase opuesta, esto es, como percibiendo al derecho colo-

cado fuera de ella, que no es producido por ella, y ofreciéndolo á la conciencia humana con caractéres precisos.

Posible, y áun necesaria, es esta percepcion, cualquiera que sea la naturaleza de las fuentes. Sin embargo, respecto al derecho consuetudinario y al científico, la operacion es muy sencilla; pues aunque, segun he dicho más arriba, existan errores de gran trascendencia sobre la naturaleza de estas dos formas del derecho, una vez reconocidos estos errores, no necesita el razonamiento de la cuestion una explicacion detallada; pero, cuando se trata de las leyes, se complica mucho la operacion; y hé aquí por qué he titulado este capítulo: «Interpretacion de las leyes.»

Esta operacion intelectual tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad; en otros términos: la ley, sometida al criterio de nuestra inteligencia, debe aparecernos como verdadera. Esta operacion es indispensable para toda aplicacion de la ley á la vida real, y precisamente en este carácter de necesidad constante se funda su legitimidad. La interpretacion no está restringida, como creen muchos, al caso accidental de oscuridad de la ley (§ 50); solo que, en este último caso, tiene más importancia y mayores consecueucias. En efecto, la oscuridad es una imperfeccion de la ley, y para buscar el remedio es preciso estudiarla en su estado normal.

La necesidad de esta operacion intelectual permanece la misma, cualquiera que sea la oscuridad de la ley (*a*); así es que podemos establecer como principio que, por la naturaleza de sus funciones, está el juez siempre obligado á dar un sentido á la ley más oscura, y á decidir conforme á este sentido, de la misma manera que la mayor incertidumbre que puedan ofrecer los hechos de un proceso no lo dispensan nunca de pronunciar sentencia. Bajo este punto de vista no hay, por consiguiente, diferencia esencial entre los dos elementos de un juicio: el hecho y la regla de derecho. La disposicion del Código francés, que prohibe al juez abstenerse bajo pretexto de silencio ó de oscuridad de la ley (*b*), está,

---

(*a*) Más adelante se verá que esta oposicion está conforme con las prescripciones del derecho de Justiniano. (V. el §. 48).

(*b*) Código civil, art. 4.

pues, fundada en la naturaleza misma de las funciones judiciales.

La libertad de la interpretacion resulta, sin embargo, negada, cuando el sentido de una ley llega á ser objeto de una nueva disposicion legal; pues, fijado este sentido por una ley posterior ó por una costumbre constante, deja de ser libre el intérprete, el cual debe aceptar y aplicar la ley tal como ha sido interpretada, aunque estuviera convencido de la falsedad de esta interpretacion. Llámanla los autores modernos interpretacion *auténtica* ó *usual*, segun que está fundada en la ley ó en la costumbre (*a*), á veces se comprenden ambas especies bajo el nombre de interpretacion *legal*, á la cual se opone la *doctrinal*, que es la que he presentado como un acto científico de la inteligencia.

Si se tiene en cuenta que, tanto una como otra, la legal y la doctrinal, tienen por fin comun conocer el contenido de una ley, puede admitirse como exacta la distincion, en el sentido de que todo medio de llegar á este fin se llama interpretacion, y, por tanto, que la diferencia establecida por los autores responde á la diversidad de estos medios; pero si se considera la interpretacion en su esencia propia, es preciso volver á la idea de un acto libre de la inteligencia, el cual implica necesariamente la existencia de una ley. En efecto, toda ley, para recibir su aplicacion en la vida, necesita ser objeto de un proceso intelectual, pues no está en la marcha ordinaria de las cosas que cada ley vaya seguida de otra que la explique; y, por otra parte, aun para aplicar esta ley aclaratoria, seria tambien necesario recurrir á la accion libre de la inteligencia. Admitido este razonamiento, hay que convenir en que la llamada interpretacion *legal* no es una especie de interpretacion, sino más bien el contraste, la exclusion, la prohibicion de la inteligencia verdadera. Este concepto aparece más claro y se justifica enteramente, considerando que contiene la relacion evidente é incontestable de la regla á la excepcion. Así, pues, en adelante emplearé la pa-

---

(*a*) Este derecho consuetudinario interpretativo participa al mismo tiempo de la naturaleza del derecho científico (§ 14, 20), pues rara vez acontece que la conviccion general de la nacion tenga por objeto una ley determinada.

labra genérica «interpretacion» para designar la interpretacion doctrinal.

Los autores modernos han invertido la relacion entre la regla y la excepcion, pretendiendo que la interpretacion es legislativa por su naturaleza, y que no puede pertenecer á una clase de funcionarios ni á los ciudadanos, sin una delegacion de la autoridad soberana (*a*). Lígase estrechamente esta opinion con la de los autores modernos que consideran la interpretacion, no como una verdadera y natural explicacion, sino como una modificacion de la ley. El exámen de esta doctrina encontrará su lugar más adelante.

Es la interpretacion un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto á la cual, por circunstancias accidentales, nos encontramos sumamente pobres. No se enseña solamente el arte de la interpretacion, como ninguna de las artes, por medio de reglas; pero, contemplando las obras de los grandes maestros, penetramos el secreto de su superioridad, ponemos en actividad las facultades que reclama la ciencia y aprendemos á dirigir por buen camino nuestros esfuerzos. Ahora bien, la teoría de la interpretacion, como la de todas las artes, se limita á establecer los preceptos y á señalar los peligros que podemos encontrar en nuestro camino.

En este punto se presenta la importantísima cuestion de saber si las prescripciones del derecho romano sobre la interpretacion son obligatorias en los países donde se ha adoptado este derecho. He resuelto negativamente una cuestion semejante á propósito de la formacion del derecho (§ 27), pero la que ahora nos ocupa, como se refiere solamente á la manera de percibir las fuentes del derecho, podria, por más que se ligue estrechamente con la anterior, recibir una solucion diferente. Mas por ahora no he de tratar de resolverla de una manera completa y definitiva; me limitaré á citar provisionalmente los principios del derecho romano, re-

(*a*) Zachariä, Hermeneutik des Rechts. (Hermenéutica del Derecho). Meissen, 1805, páginas 161, 165.

servándome examinar más tarde si constituyen para nosotros leyes obligatorias ó autoridades de peso.

El contenido de este capítulo se divide en dos partes: la interpretacion de cada ley, tomada separadamente y en sí misma, y la interpretacion de las fuentes consideradas en su conjunto. Abrazando en éste todas las materias del derecho, debemos encontrar en él un doble carácter de unidad y universalidad, lo cual nos impone una doble tarea, á saber, resolver todas las contradicciones y llenar todas las lagunas.

§ XXXIII. A.—*Interpretacion de las leyes aisladas.—Reglas fundamentales de interpretacion.*

Destinada la ley á fijar una relacion de derecho, expresa siempre un pensamiento simple ó complejo que pone esta relacion de derecho al abrigo del error ó de la arbitrariedad; mas para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos á quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretacion que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstruccion del pensamiento contenido en la ley (*a*). Solo por este medio se llega al conocimiento cierto y completo de ella y se está en situacion de cumplir el objeto que la misma se propone.

Se notará que, por lo dicho hasta ahora, la interpretacion de la ley en nada difiere de la interpretacion de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje, como, por ejemplo, la de que se ocupa la filología; pero revela un carácter particular y propio cuando la descomponemos en

(*a*) Empleo la palabra *pensamiento*, como la más propia para expresar la parte intelectual de la ley. Otros emplean la palabra *sentido*. Es preciso evitar el término *intencion*, porque tiene un doble significado, puesto que puede aplicarse tanto al fin inmediato de la ley, como al mediato á que indirectamente concurre. Los romanos se sirven indiferentemente de las palabras *mens* y *sententia*.

sus partes constitutivas. Cuatro elementos se distinguen en ella, á saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

El elemento gramatical de la interpretacion tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposicion del pensamiento ó las relaciones lógicas que unen á sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de accion de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe exclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad (§ 5). El legislador tenia ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la accion ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema (*a*).

El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretacion, entre las cuales pueda escojerse segun el gusto ó el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunion es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar. Por esta razon lo indispensable es no olvidár ninguno de ellos, pues en algunas circunstancias se puede, sin que disminuya la importancia de la interpretacion, omitir alguno, cuando su mencion es inútil ó pedantesca. El buen éxito de la interpretacion depende de dos condi-

---

(*a*) El elemento sistemático forma tambien una parte esencial é integrante de la interpretacion. Este elemento falta en los numerosos comentarios hechos sobre el derecho justiniáneo donde deberia esperarse encontrarlo. Son, en efecto, en su mayor parte, comentarios dogmáticos y algunas veces históricos en donde el autor, con ocasion del texto, se extiende sobre las materias que con él se relacionan.

ciones esenciales, en donde se resumen los caractéres de estos diversos elementos, y son, á saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operacion intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer á consideracion los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relacion con el texto que tratamos de interpretar. De esta manera podremos explicarnos por qué encontramos algunas veces en sábios y reputados autores errores de interpretacion que parecen increibles, y en los que acaso no caeria un estudiante distinguido, al cual se sometiera el mismo texto; fenómeno que podria hacernos sospechar de la rectitud de nuestros juicios, si no tuviéramos presente el alcance de las condiciones enumeradas. Estos errores se notan frecuentemente, sobre todo, en numerosas materias que constituyen una parte muy considerable é instructiva del Digesto.

El objeto de la interpretacion es sacar de cada ley la mayor instruccion posible, por lo cual debe ser á la vez individual y fecunda en resultados (*a*). El éxito de la interpretacion admite muchos grados en relacion directa del talento del intérprete y áun del talento del legislador, que, soberano en esta materia, ha podido exprimir y condensar en su texto las ideas positivas. De este modo, la legislacion y la interpretacion ejercen entre sí influencias recíprocas, prosperan juntas y la superioridad de cada una es para la otra condicion y garantía de desarrollo.

§ XXXIV.—*Motivo de la ley.*

Si la interpretacion tiene por objeto darnos la conciencia de la ley, todo lo que no pertenezca al contenido de ésta, cualquiera que sea por otra parte su afinidad con dicho contenido, queda, rigurosamente hablando, extraño al objeto de la interpretacion. En este punto se presenta en primera línea el motivo de la ley (*ratio legis*). Esta palabra tie-

(*a*) La palabra interpretacion (explicatio) es la más propia para expresar esta idea, pues por ella se entiende la exposicion completa de todo lo que el texto contiene. La palabra explicacion conviene mejor al exclarecimiento de las dificultades accidentales que puede ofrecer el texto.

ne dos sentidos diferentes, segun que se aplica al pasado ó al porvenir: así, pues, designa: 1.° la regla superior de derecho, de la cual es la ley deduccion y consecuencia; 2.° el efecto que la ley está llamada á producir, es decir, el *fin*, la *intencion* de la ley. Seria gran error establecer oposicion absoluta entre estos dos sentidos; debe, por el contrario, admitirse que son inseparables en el pensamiento del legislador. Ofrecen, sin embargo, la diferencia relativa de que uno ú otro predominan notablemente en algunas leyes; predominio que hace relacion á la distincion establecida más arriba (§ 16) entre el derecho normal y el anormal: en el primero (*jus commune*) predomina la influencia de las reglas anteriores, cuyo desenvolvimiento completa la ley, y su objeto es traducir el derecho en caractéres visibles y asegurar su ejecucion; en el derecho anormal (*jus singulare*), la accion de la ley sobre el porvenir es el punto de vista predominante. Una ley acerca de la usura, por ejemplo, que viniera en socorro de los deudores pobres estaria únicamente influida por la máxima general de que el legislador debe interponer su proteccion tutelar cuando una clase de la sociedad ve su suerte comprometida en el dominio del derecho.

Puede ser más ó ménos cierto el motivo de la ley, pero nunca es necesario que se encuentre expresado en ella, y aunque esto se verifique, permanece siempre distinto de su contenido, sin que pueda en ningun caso formar parte integrante suya. La ignorancia en que nos hallamos respecto al motivo de la ley en nada disminuye su autoridad; su fuerza obligatoria permanece la misma aunque supiéramos con certeza que la ley no ha tenido nunca motivo verdadero, caso del cual hablaré en seguida.

Tal incertidumbre sobre el motivo de la ley puede proceder de muchas causas. Algunas veces nos apercibimos de muchos motivos sin saberlos coordinar; otras, un motivo evidente, expresado en el texto mismo, parece extraño á la ley por consecuencia de la supresion de ideas intermediarias, que, expresadas, destruirian esta aparente contradiccion (*a*).

(*a*) El senado consulto Macedoniano tenia por objeto prohibir, en interés de las familias, los préstamos usurarios contraidos por los hijos

Existen diversos grados de relacion entre el motivo y el contenido de la ley. Unas veces presentan la relacion puramente lógica del principio á la consecuencia, y, en este caso, son ambos idénticos (*a*); otras veces, por el contrario, ambos términos, motivo y contenido, aparecen muy separados (*b*) el uno del otro. Segun estos diferentes casos los motivos reciben la denominacion de *especiales* y *generales*. Por lo demás, estas ideas enteramente relativas, en vez de contraponerse, rigurosamente se unen por una gradacion de matices imperceptibles.

El motivo de la ley puede ser con provecho y seguridad invocado, cuando se trata de saber cuál es la naturaleza de la regla contenida en la ley, si pertenece al derecho absoluto ó al derecho supletorio, al *jus commune* ó al *jus singulare* (§ 16). Mayor precaucion y reserva debe usarse para aplicarlo á la interpretacion de la ley, pues su empleo varía segun su grado de certidumbre y segun su afinidad con el contenido de la ley, como se ha dicho más arriba.

He indicado las numerosas diferencias que en los motivos de la ley existen respecto á la naturaleza de sus relaciones, á su afinidad con el contenido de la ley, á su certidumbre y á su aplicacion. Ahora bien: no obstante estas diferencias ofrecen un carácter comun, que consiste en que todos se re-

---

de familia bajo el poder paterno; mas, para conseguir este fin, la prohibicion debió ser muy extensa y recaer sobre muchos casos inocentes.

(*a*) La ley 13, § I, de pign. act. (XIII, 7), determina el grado de la falta relativamente al contrato de prenda, y esta determinacion no es más que la consecuencia del principio general establecido en la L. 5, § 2, commodati (XIII, 6). Otro tanto puede decirse de muchos contratos que en el mismo título se mencionan, por ej., el depósito. Puede tambien ocurrirse aplicar á la tutela la regla adoptada para el depósito, puesto que el tutor no saca ningun provecho de su administracion; pero esta consecuencia puramente lógica cede ante otros motivos, y hé aquí un caso de aplicacion de lo que se ha dicho más arriba sobre la combinacion de diversos motivos: relativamente á la tutela, los principios que se trata de conciliar se combaten mútuamente.

(*b*) La regla general sobre la falta (L. 5, § 2. comm.) descansa sobre un principio de equidad, cuyos límites son muy delicados de fijar y cuyas aplicaciones son muy diversas.

fieren á la esencia misma de la ley, ó, en otros términos, en que con respecto al pensamiento del legislador, poseen una naturaleza objetiva, por cuya causa pueden ser por todos reconocidos; y si en ciertos casos nos parecen ocultos, son excepciones nada frecuentes. Por esta misma razon se distinguen claramente de los hechos que tienen una relacion puramente subjetiva con el pensamiento del legislador, y entre los cuales pueden contarse los acontecimientos que han sido la ocasion de una ley, pero que hubieran podido dar lugar á medidas diferentes (*a*) las consideraciones de personas y de circunstancias que determinan al legislador á e stablecer una regla general y permanente (*b*); hechos cuyo conocimiento es para nosotros tan accidental como la ignorancia de los motivos de la ley.

Estos hechos subjetivos no deben tener influencia alguna sobre la interpretacion de la ley, ni aun siquiera la influencia restringida atribuida á los motivos; solamente puede hacerse de ellos un uso negativo, esto es, probar por este medio la ausencia de un motivo verdadero y rechazar los motivos imaginarios que se intenten buscar (*c*).

§ XXXV.—*Interpretacion de las leyes defectuosas.—De las diferentes clases de defectos y de los medios de remediarlos.*

Los principios fundamentales que acabo de exponer (§ 33) bastan para la interpretacion de las leyes en su estado normal, aquellas cuya expresion encierra un pensamiento completo que autorizadamente consideramos como el contenido verdadero de la ley. Paso ahora á las leyes defectuosas, al exámen de sus dificultades y á los medios de vencerlas.

(*a*) Por ej. el hecho que ha dado lugar al Sc. Maced. L. I. pr. S. c. Maced. (XVI, 6.)

(*b*) Así, la ley que permite casarse con la hija de un hermano, expedida bajo el reinado de Cláudio, no tenia otro objeto que autorizar al emperador para casarse con Agripina, hija de Germánico. Suetonii, Claud., C. 26. Taciti, Annal, XII, 5-7.

(*c*) Ordinariamente no se establece la conveniente distincion entre la base de la ley y estos elementos subjetivos, y las expresiones vagas el *voto*, el *motivo*, la *intencion* de la ley contribuyen á esta confusion. Este punto ha sido tratado con cierta exactitud por Hüfeland, Geist des Römischen Rechsts, Th. I. Giesen, 1813, p. 13-19.

Los defectos de la ley pueden dividirse en dos clases principales: primera, expresion indeterminada, no conteniendo ningun pensamiento completo; segunda, expresion impropia, cuyo sentido está en contradiccion con el verdadero pensamiento de la ley.

Estas dos especies de defectos no exigen el remedio de una manera igualmente imperiosa: la primera debe ser en todo caso corregida y no ofrece peligro alguno; la segunda es más delicada de tratar y pide mayores precauciones. Pero antes de entrar en los detalles de esta materia, es conveniente pasar revista á los medios que tenemos á nuestra disposicion.

Consiste el primero en examinar el conjunto de la legislacion; el segundo, en referir la ley á su motivo; el tercero, en apreciar el mérito del resultado obtenido por la interpretacion.

A.—Exámen de la legislacion en su conjunto. Este medio puede ser aplicado de dos maneras á la interpretacion de una ley defectuosa: puede interpretarse la parte defectuosa con la ayuda de otras partes de la misma ley, y este es el camino más seguro(*a*); se puede tambien interpretar la ley defectuosa con la ayuda de otras leyes (*b*).

La interpretacion obtenida por este último medió será tanto más cierta cuanto más cercana sea la fecha de las leyes; así, pues, si emanan del mismo legislador, obtendrá el más alto grado de certidumbre. No obstante, podemos tambien servirnos de las leyes anteriores en la suposicion legítima de que el legislador las ha tenido á la vista, y que deben haber servido para completar su pensamiento (*c*). Por último, sirven para este fin las leyes posteriores; pero este caso entra

---

(*a*) L. 24 de leg. (I,3): «Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.»

(*b*) Este método de interpretacion que consiste en completar una ley por otra, no debe confundirse con la conciliacion de las contradicciones que presentan las fuentes del derecho, consideradas como un todo. Trataré de este asunto § 42-45.

(*c*) L. 26, 27, de leg. (I, 3): «Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.»—«Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt.»

rara vez en el dominio de la interpretacion pura, puesto que estas leyes suelen modificar la ley defectuosa ó dar una interpretacion auténtica (§ 32), lo cual no es la interpretacion propiamente dicha. Cuando se emplean las leyes posteriores como medios de interpretacion pura, se supone que el espíritu de la antigua legislacion se ha conservado en la nueva (*a*).

B.—Una ley defectuosa se interpreta tambien por sus motivos; pero este medio de interpretacion ejerce un dominio más restrinjido que el anterior, porque su empleo depende de la certidumbre de estos motivos y de su influencia en el contenido de la ley (§ 34). Faltando cualquiera de estas condiciones, los motivos podrán servir de remedio á la primera clase de defecto (expresion indeterminada), rara vez á la segunda (expresion impropia).

C.—La apreciacion del resultado obtenido es de todos los medios de interpretacion el más aventurado, pues el intérprete corre riesgo de excederse de sus poderes y entrarse por el dominio de la legislacion. Se deberá emplear y recurrir á ella para precisar el sentido de una expresion indeterminada, nunca para referir el texto al pensamiento de la ley.

Los medios de interpretacion nos ofrecen las mismas gradaciones que los defectos de la ley: así, el primero es de una aplicacion general, el segundo pide mucha más reserva, y el tercero debe circunscribirse en los más estrechos límites.

§ XXXVI.—*Interpretacion de las leyes defectuosas. Continuacion.* (Expresion indeterminada.)

La indeterminacion que oscurecé un pensamiento, puede referirse á una expresion incompleta ó á una expresion ambígua.

La expresion incompleta de una ley tiene precisamente el carácter de un discurso interrumpido que deja, por tanto,

(*a*) L. 28, de leg. (1, 3): «Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.» Este texto habla solo del caso en que las leyes posteriores son contrarias; pero en el caso de la interpretacion auténtica, el sentido de la ley anterior es adoptado por nosotros, ni como verdadero, sino por estar fijado en la ley posterior.

en suspenso su sentido; tal seria una ley que exigiera testigos en un punto cualquiera y no fijase su número (*a*).

La ambigüedad, que se presenta frecuentamente y tiene más graves consecuencias, puede consistir: 1.° en la expresion; 2.° en una construccion anfibológica.

Respecto á la primera, unas veces la expresion empleada para designar una individualidad se aplica á otras individualidades de la misma especie, lo cual sucede con ménos frecuencia en las leyes que en los actos y los contratos (*b*); otras la expresion empleada para traducir una idea abstracta presenta dos significaciones diferentes (*c*), ó sólo presenta dos acepciones, una extensa y otra restringida (*d*).

Una construccion anfibológica puede tambien producir un sentido equívoco, del cual no están exentas (*e*) las leyes, aun-

---

(*a*) Así sucede en la Nov. 107, C. I.—Acontece lo mismo cuando se trata de una suma cuya naturaleza ó cantidad es indeterminada. Semejantes casos, no en las leyes, sino en los testamentos, se citan en la L. 21, § I, qui test. (XXVIII, I).

(*b*) Ejemplos: L. 21, § I, qui test. (XXVIII, I). El esclavo Estico ha sido legado á Ticio y hay muchos indivíduos llamados Estico y Ticio.—L. 39, § 6, de legat. (XXX, un.): El fundo Corneliano ha sido legado por un testador que posee muchos de este nombre.

(*c*) Así las palabras *familia*, *puer*, *potestas* tienen significados muy diferentes. L. 195, 204, 215, de V. S. (L. 16).—Se encuentran notables ejemplos de estas dobles significaciones en la L. 5. C. fin. reg. (III, 39) y la L. 30, C. d. j. dot. (V. 12); en la primera *pæscriptio* puede significar excepcion, precepto, y segun muchos autores usucapion; en la segunda estas palabras, *si tamen extant* pueden significar: si no han sido destruidos ó si no han sido enagenados (extant apud maritum).

(*d*) Las expresiones siguientes tienen dos significaciones, la una lata, la otra restringida: *cognatio*, *pignus*, *hypotheca*, *adoptio* (L. I, § I, de adopt. I, 7), *familia* (L. 195, de V. S., L. 16).—La convencion *ne luminibus officiatur* puede aplicarse al estado actual de las cosas ó bien al estado actual y al futuro, L. 23, pr. de serv. P. u. (VIII, 2). La interpretacion que exclarece un equívoco se llama *declarativa*, y *lata* ó *stricta*, segun que extiende ó restringe el sentido de la palabra. Thibaut, Pandekten, § 48, 50, 53.

(*e*) La explicacion de un texto difícil, L. 2, de div. temp. præscr. (XLIV, 3) da orígen á la cuestion de saber si estas últimas palabras; *mihi contra videtur*, se refieren al texto entero ó solamente á una de sus partes. Se encuentran ejemplos de estas construcciones equívocas en Mühlenbruch, I, § 59, nota 1.

que esta especie de ambigüedad se vea más frecuentemente en los contratos.

Todas estas ambigüedades, á pesar de su diversidad aparente, tienen de comun que nos impiden entender con seguridad el pensamiento completo de la ley.

La ambigüedad procede del legislador y puede venir de la oscuridad de sus ideas ó de su torpeza en el manejo de la lengua, ó de ambas cosas reunidas; pero cualquiera que sea su orígen, el intérprete ha de poner remedio á ella, pues no podria sacarse regla alguna de una ley de tal manera defectuosa. Esta necesidad puede reconocerse y probarse por una argumentacion lógica; pero la argumentacion se limita á hacer constar la naturaleza de la duda, sin dar su solucion, la cual ha de buscarse en los tres medios de interpretacion ya enumerados (§ 35) y que son todos aplicables, reduciéndose la cuestion de su mérito á determinar el órden en el cual han de ser empleados.

Se deberá, pues, recurrir en primer lugar al exámen de la legislacion en su conjunto; y si esto basta para fijar el sentido de la ley habrán de abandonarse los restantes medios de interpretacion, como ménos seguros y además superabundantes.

En segundo lugar deberá consultarse el motivo de la ley y, siendo posible, el que tenga más afinidad con el contenido de la misma (§ 35), pues sólo en su defecto se recurrirá, como medio subsidiario, al motivo general. Si, por ejemplo, el motivo de una ley es la *æquitas*, y tal es el carácter comun del derecho normal en los tiempos modernos, se deberá preferir la interpretacion que la *æquitas* justifique (*a*).

(*a*) De esta manera es preciso entender la L. 8, C. de jud. (III, I) del año 314: «Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque (Scriptæ), quam stricti juris rationem;» es decir, cuando una ley equívoca presente dos sentidos, uno conforme al rigor del derecho y el otro á la equidad, deberá preferirse este último (præcipuam esse rationem). Esta ley parece estar en oposicion con la L. I C. de leg. (I,24), del año 316: «Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.» Se ha dicho que siendo la L. 8 anterior á la L. I, se halla abrogada por esta última; suposicion inverosímil, porque ambas leyes se dieron reinando Constantino.

En tercero y último lugar podrá determinarse el sentido de la ley por la apreciacion de los resultados que producen las diversas interpretaciones. Así, deberá preferirse el que sea más racional (*a*), el que responda mejor á las necesidades de la práctica (*b*), por último el que sea más humano y ménos violento (*c*).

§ XXXVII.—*Interpretacion de las leyes defectuosas.—Continuacion* (Expresion impropia).

La segunda clase de defecto se refiere á la impropiedad de los términos. Es impropia una expresion cuando dá un sentido claro y determinado, pero diferente del pensa-

---

y sólo con dos años de diferencia. Otros, para conciliar estas dos leyes añaden en la ley 8 la palabra *scriptæ* (equidad reconocida por la ley); pero esta redaccion, aunque se encuentra en la antigua edicion de Chevallon (París 1526,8), está rechazada por el conjunto del texto. Doneau (I,13), enseña que la ley 8 habla de una simple restriccion y la L. I de una derogacion completa del derecho estricto, distincion que los textos no justifican en modo alguno. La contradiccion desapareceria si sólo se aplicase la ley I á la correccion de la letra por el espíritu (§ 37), lo cuál no podria hacer en vista de la simple equidad; pero en mi sentir la ley I se aplica, no á la equidad, sino al desenvolvimiento del derecho (§ 47), y entonces la ley 8 no ofrece contradiccion alguna. La expresion *interpretationem* no presenta dificultad.

(*a*) L. 19 de leg. (I,3): «In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio quæ vitio caret.,.»

(*b*) L. 67 de R. J. (L. 17): «Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior est.» Encuéntrase una aplicacion de esta regla en la L. 3 de const. (I,4): «Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.»

(*c*) L. 192, § I, de R. J. (L. 17): «In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est quam tutius.» L. 56, 168, pr. eod.—L. 18 de leg, (I, 3): «Benignius leges interpretandæ sunt, quo voluntas earum conservetur.» Estas últimas palabras pueden significar: porque esta es la prescripcion general del legislador; pero yo creo que es mejor entenderlo de esta manera: en tanto que no se viole ninguna disposicion formal (*quo* por *quatenus*).—Hé aquí algunas aplicaciones de dicha regla: si la ley penal es dudosa debe elegirse la pena más dulce (L. 42, de pœnis, XLVIII, 19). En la interpretacion de los testamentos es preciso favorecer la institucion de heredero, nunca la

miento real de la ley. En vista de esta contradiccion se pregunta cuál debe prevalecer: ahora bien, siendo la palabra el medio y el pensamiento el objeto, debe aquella subordinarse á éste, con el cual debe establecerse relacion de conformidad, y, en su virtud, rectificarse la expresion (*a*). Esta regla, inatacable en teoría, puede, en su aplicacion, ocasionar grandes controversias, pues toda la dificultad se reduce á probar el hecho en cuestion.

Esta segunda especie de defecto presenta ménos variedades que la primera, esto es, la referente á la expresion indeterminada (§ 36). La expresion dice unas veces ménos, otras más que el pensamiento; y estas son las dos únicas diferencias que resultan de sus relaciones lógicas. Trátase entonces de rectificar la expresion, en el primer caso por una interpretacion *extensiva*; en el segundo caso por una interpretacion *restrictiva* (*b*), y ambas tienen por objeto poner en armonía la forma con el pensamiento.

Los procedimientos con ayuda de los cuales se corrije una expresion impropia difieren mucho de los empleados para fijar una expresion indeterminada. Primeramente se supone que existe un pensamiento determinado bajo una expresion defectuosa; esta relacion no admite como la indeterminacion pruebas lógicas, sino solamente pruebas históricas, y es, por consiguiente, menor su certidumbre y susceptible de diversos grados. Otra circunstancia aumenta todavía la dificultad de la materia: la expresion es el signo más inmediato y más natural del pensamiento, y precisamente no lo negamos en el caso presente. La expresion indeterminada exige necesariamente el remedio de la interpretacion

---

desheredacion (L. 19 de lib. et posth., XXVIII).—Así, pues, esta regla tiene diferente sentido que la relativa á la equidad, y es un error identificarlas.

(*a*) L. 17, de leg. (I, 3): «Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.» L. 6, § I, de V. S. (L. 16), L. 13, § 2, de excus. (XXVII, I), L. 19 ad exhib. (X, 4).

(*b*) Los autores modernos adoptan una fraseología extraña á los Romanos; la llaman *interpretatio extensiva*, *restrictiva* y le oponen la *interpretatio declarativa* que no extiende ni restringe la ley y se aplica á otros casos enteramente distintos (§ 36, *d*).

pues sin ella no hay ley ni texto que aplicar: aquí, por el contrario, la letra de la ley nos da un sentido claro y susceptible de aplicacion. Por último, cuando se trata de una expresion indeterminada la operacion que señala el defecto no es la que lo corrige: aquí las dos operaciones se confunden. En efecto, juzgamos que es impropia la expresion comparándola con el pensamiento real de la ley; luego para conocer esta impropiedad es preciso que nos sea conocido el pensamiento, en cuyo caso hemos encontrado ya el remedio.

Voy ahora á pasar revista á los tres medios de interpretacion definidos más arriba (§ 35) y á mostrar cómo pueden servir para corregir la expresion impropia de una ley defectuosa.

El exámen de la legislacion en su conjunto es tambien aquí el medio más seguro, y el senado consulto que tiene especialmente por objeto la *hereditatis petitio* nos proporciona un ejemplo de su aplicacion. En efecto, segun este senado consulto el poseedor de buena fé que ha vendido los bienes de la sucesion debe restituir el precio que ha recibido por ellos (*pretia quœ pervenissent*). La generalidad de tal expresion comprende el caso en que el precio de la venta se hubiese perdido, pues no por esto habria sido ménos recibido; pero á continuacion se expresa que se exceptúa este caso, en vista de lo cual es preciso entender las palabras *pretia quœ pervenissent* en un sentido restrictivo: el precio recibido y conservado (*a*). Como otro ejemplo citaré las leyes criminales. Si en su disposicion final pronuncia la ley una pena general contra un delito, despues de haber establecido otra pena contra un caso particular del mismo delito, este caso particular se exceptúa de la ley general (*b*).

El segundo medio que consiste en referir el pensamiento y el motivo de la ley para corregir la expresion, es más importante, pero de aplicacion más delicada. En este punto debe tenerse muy en cuenta la distincion entre motivos especiales y generales (§ 34).

El motivo especial es muy adecuado para el fin de la interpretacion y nunca encuentra mejor aplicacion que allí

(*a*) L. 20, § 6, L. 23, de her. pet. (V, 3).
(*b*) L. 41, de pœnis (XLVIII, 19).

donde el sentido literal de la ley aparece en contradiccion con él. Cuando, por ejemplo, una disposicion establecida en favor de ciertas personas, produce, en una de sus aplicaciones, un verdadero perjuicio para las mismas, es preciso evitar esta contradiccion y corregir la disposicion general por una interpretacion restrictiva (*a*). Por consiguiente, si un contrato fraudulento se convierte en provechoso para la parte engañada, el contrato es válido, aunque el edicto declare la nulidad de los contratos fraudulentos (*b*). Si ún menor entabla un pleito sin la asistencia de su curador y lo gana, sus actos son válidos (*c*); de la misma suerte una transaccion sobre alimentos no autorizada por el pretor debe ejecutarse cuando la condicion del demandante aparece mejorada (*d*).

Independientemente de estas contradicciones entre la ley y su motivo la interpretacion tiene además por objeto fijar los límites verdaderos de la ley, límites á que debe llegarse en su aplicacion, pero nunca franquear. El caso se presenta más frecuentemente y es tambien más difícil: puesto que se debe justificar la rectificacion del texto, indicando la causa probable de su impropiedad, la cual suele depender de que el legislador ha empleado una expresion concreta en defecto de la palabra abstracta correspondiente, ó para hacer resaltar mejor su idea. De otra manera subsistiria siempre la duda de saber si el pensamiento que resulta de nuestra interpretacion es realmente el pensamiento del legislador ó el qne hubiera debido tener, en cuyo último caso la interpretacion corregiria, no la excepcion, sino el pensamiento mismo, lo cual, como veremos más adelante (§ 50), está fuera de su dominio.

Algunos ejemplos hacen más evidentes dichos principios.

1.° El edicto declara infame á la viuda que contrae segundas nupcias durante el luto. Esta medida tiene por objeto únicamente evitar la confusion de partos; pero no hubiera podido expresar la idea de una manera directa y precisa sin entrar en una multitud de prescripciones abstractas, y

---

(*a*) L. 25, de leg. (I, 3), L. 6 C. cod (I, 14).
(*b*) L. 7 § 7, de pactis (II, 14), L. 30, C. de transact. (II, 4).
(*c*) L. 2, C. qui legit, pers. (III, 6), L. 14, C. de proc. (II, 13).
(*d*) L. 8, § 6, de transact. (II, 15).

resolver de plano una cuestion tan delicada como el tiempo posible de la gestacion: ahora bien, todos estos inconvenientes quedaban zanjados por medio de una simple regla sobre la duracion del luto, regla suficiente para la mayor parte de los casos. Algunas veces sucedia que se verificaba el parto poco despues de la muerte del marido; y como entonces no habia incertidumbre sobre la paternidad de los hijos futuros, se permitia el matrimonio en virtud de una interpretacion restrictiva del edicto. Por el contrario, en los casos en que la viuda no llevaba el luto de su marido, para que se cumpliese el objeto que la regla se proponia, se prohibia el matrimonio por medio de una interpretacion extensiva (*a*).

2.° La *actio ad exhibendum* corresponde á todo aquel que se halla interesado en la exhibicion (*cujus interes)*, y tal era probablemente la disposicion textual del edicto. Su generalidad comprende, por tanto, á todos aquellos á quienes les fuera provechoso ver una cosa; pero como el pretor se proponia evidentemente desembarazar las reclamaciones judiciales de los obstáculos accidentales que hubiera acarreado la justificacion de este interés, la interpretacion restringe la regla al interés que reporta esta exhibicion para una demanda judicial *(b)*.

3.° La ley de las Doce Tablas exige un año para la usucapion de un *fundus*, dos años para la usucapion de las demás cosas: ¿en qué clase han de colocarse los edificios? Sin duda alguna que no estaban designados por la palabra *fundus* tomada en su sentido literal; pero como la usucapion se aplicaba á la generalidad de las cosas, y estas consideradas bajo el punto de vista de la usucapion, se dividen en dos grandes clases, es evidente que la ley habia querido reunir en la misma disposicíon todos los inmuebles por la semejanza de su naturaleza, y habia empleado la expresion concreta *fundus*, en defecto de una expresion abstracta que respondiera á la generalidad de su pensamiento: en su virtud se extendió la denominacion de *fundus* á todos los inmue-

---

(*a*) L. I, L. 11, § 1, 2, 3, de his qui not. (III, 2).
(*b*) L. 19, ad exhib. (X, 4).

bles, y por consiguiente á los edificios, interpretacion que parece haber sido constante (*a*).

No obstante lo dicho, algunas veces suele el legislador hacer la advertencia de que no se consideren las disposiciones concretas de la ley como expresion de una regla abstracta, en cuyo caso, la interpretacion extensiva se encuentra prohibida formalmente (*b*).

El argumento llamado *argumentum a contrario* es tambien una especie de interpretacion extensiva. En efecto, puede el legislador circunscribir su pensamiento en ciertos límites, de manera que suponga una regla contraria para los casos que se encuentran fuera de dicho límite; por ejemplo, cuando el pretor introducia una accion con la fórmula ordinaria, *intra annum judicium dabo*; evidentemente que esta fórmula implica la regla contraria: *post annum non dabo*; conclusion que es en realidad una interpretacion extensiva (*c*). La ley Julia *de vi* autorizaba al pretor encargado de aplicar la ley, para delegar su jurisdiccion *si proficiscatur*; de donde se deduce que, por razon inversa, fuera de este caso la delegacion estaba prohibida (*d*). De la misma manera toda ley que establece una excepcion implica la existencia de una regla sin la cual la excepcion no tendrá sentido, y confirma indirectamente el principio: así, cuando la ley Julia *de adulteriis* declara incapaces de testificar en juicio á las mujeres condenadas, reconoce implícitamente esta capacidad á todas las demás (*e*).

Por otro lado, el motivo general de una ley como, por ejemplo, la *æquitas*, no podria servir de base á una interpre-

---

(*a*) Ciceron, top., § 4.

(*b*) Por ej., L. 10, C. de revoc. don. (VIII, 56) et Nov. 115, C. 3 pr.

(*c*) L. 22, de leg. (I, 3): «Cum lex in prœteritum quid indulget, in futurum vetat.» Doneau (I, 14) aplica este difícil texto á casos semejantes al presente. Así, *pretœritum* y *futurum* no se refieren á la fecha de la ley, pues esta solo dispone para el porvenir, sino á una época determinada fijada por la ley, por ej. el plazo de un año despues de la aparicion del derecho. Antes de terminar el año es admisible la reclamacion (in prœteritum indulget) y por consiguiente prohibida despues del año (in futurum vetat).

(*d*) L. I, pr, de off. ejus cui mand. (I, 21).

(*e*) L. 18, de testibus (XXII, 5).

tacion que señale, en los términos de la ley, una impropiedad suceptible de rectificacion. El empleo de este medio presenta un carácter más bien legislativo que doctrinal, pues que en tal caso no es nuestro objeto el verdadero contenido de la ley, sino lo que ésta hubiera debido contener si el legislador hubiera tenido una idea clara de su principio y de su objeto. Es además muy problemática la justicia de esta suposicion, atendido el intérvalo que separa la ley de sus motivos generales; y ha podido suceder que el legislador, aun abrazando la relacion de derecho en la fuerza de su conjunto, haya sido inducidó, por una multitud de motivos intermediario, á rechazar la modificacion que tan razonable juzgamos nosotros (§ 34). En los jurisconsultos romanos se encuentran frecuentemente semejantes interpretaciones; pero no debemos tomarlas como modelos, porque, como veremos pronto, los romanos no distinguieron claramente la interpretacion de la formacion del derecho (*a*). Citaré como ejemplo la regla de que toda ley prohibitiva entraña la nulidad del acto prohibido (*b*): adoptar esta regla como regla de interpretacion seria ponerse en contradicion con los principios precedentemente establecidos y dar, por motivos generales de utilidad y conveniencia, una extension exagerada á una simple prohibicion. Así, respecto de este punto, debemos adoptar como principio la interpretacion auténtica de los textos, pero de ninguna manera un principio general de interpretacion.

Al admitir los motivos especiales como medio de rectificar el texto de la ley, y al excluir los motivos generales, no debe olvidarse que entre unos y otros no existe una línea de separacion bien marcada (§ 34); antes bien, por el contrario, la multitud de matices que los ponen en relacion hace dudar muchas veces de la legitimidad de la interpretacion y se corre el riesgo de modificar el derecho queriendo interpretarlo.

Lo que está completamente fuera de duda es que el tercer medio de interpretacion, á saber, la apreciacion de los resul-

(*a*) Encuentro ejemplos de ello en los textos siguientes: L, 46 pr,, de her. pet, (V, 3), L. 2. 9 I, 3 ad Sc. Vell. (XVI, I), L. I § 6. de ædil. ed. (XXI, I), L. 15, L. 6, § 2 de j. patr, (XXXVII, 14), L, 2 pr., § I de pr., § I, de cuet. (XLVIII, 3).— cf. § 47 y 50, in f.

(*b*) L. 5, C. de leg. (I, 14).

tados obtenidos (§ 35), no puede nunca ser empleado para juzgar y rectificar la expresion impropia de la ley, pues, evidentemente, el hacerlo no seria poner en armonía la expresion y el pensamiento, sino corregir el pensamiento mismo, trabajo quizás utilísimo para el progreso del derecho; pero que no tendria de interpretacion más que el nombre.

§ XXXVIII.—*Interpretacion de las leyes de Justiniano.*—(Crítica).

Trátase ahora de aplicar dichos principios generales de inerpretacion á la legislacion justinianea que, presentando dicultades especiales, reclame el empleo de nuevas reglas. Supongo que el lector conocerá perfectamente la historia de esta legislacion y solo hablaré de sus relaciones con el objeto propuesto (*a*).

El inmenso intervalo que separa al intérprete de la ley que va á interpretar constituye el rasgo distintivo de su posicion y da al estudio del derecho romano su carácter dominante, el carácter científico. En su vista nos es preciso renunciar á esta certidumbre inmediata que resulta de la vida comun en el seno del pueblo en que el derecho se ha formado, y debemos procurar que la energía de nuestros esfuerzos supla, en cuanto sea posible, este vacío. Por la misma razon, no se trata únicamente de obtener como resultado de la interpretacion una regla cierta de derecho, sino que nos es preciso estudiar tambien el espíritu original de las fuentes y apropiárnoslas de una manera tan completa que se conviertan para nosotros en un derecho vivo. Esta tarea ofrece grandes dificultades y disminuye además á nuestros ojos el gran mérito literario de las principales fuentes.

La base de toda interpretacion es un texto que interpretar; la fijacion de este texto se llama crítica. Precede, pues, necesariamente la crítica á la interpretacion, advirtiendo que se

---

(*a*) No entra en mi plan hablar aquí de las fuentes del derecho de Justiniano, de su origen, de sus diversas partes, de su lenguaje, de nuestros medios de interpretacion, de los manuscritos y de las ediciones del texto.

trata de la crítica en general, pues, en las aplicaciones particulares, es inseparable de la interpretacion.

Divídese la crítica en dos clases, á saber: la crítica *diplomática* (secundaria) y la *alta* crítica. La una proporciona el conjunto de los materiales auténticos, de los cuales se sirve la otra para fijar el sentido verdadero del texto.

El objeto de la crítica, considerado en sí mismo, es tan general como el objeto de la interpretacion, y nada tiene de especial y privativo del derecho romano; pero la crítica ofrece más importancia con relacion á este derecho que para las demás legislaciones, y por esta razon no he hablado antes de ella con el fin de tratar aquí extensamente el asunto y evitar repeticiones.

Comienzo por el caso más sencillo, el caso de que el legislador publica por sí mismo el texto de ley ordenando que se le dé entera fé. La publicacion directa que el descubrimiento de la imprenta ha hecho posible, y hoy el caso ordinario, anula en sí misma la crítica diplomática; parece además que si la alta crítica tratase de probar una falta de impresion iria indudablemente contra la voluntad expresa del legislador, pero he demostrado ya (§ 37) que el intérprete podia realmente corregir el texto por el pensamiento de la ley y, segun este principio, que el espíritu es superior á la letra; de donde, con más razon, si el texto impreso nos aparece como inferior al original, no siendo más que la letra de la letra, puede ser corregido como la letra misma. Por lo demás, este caso rara vez se presenta y ofrece poca importancia para la teoría general de la crítica (*a*).

(*a*) Sobre este punto tenemos en nuestros dias un ejemplo notable. Un decreto del rey de Westphalia del 18 de Enero de 1813 ordena, artículo 3.º, que el diezmero de un inmueble pagará la décima parte del impuesto territorial si recibe la décima parte del *producto líquido*, y si no, en proporcion de lo que reciba (Boletin de 1813, núm. 3, p. 45). En otro número del Boletin se lee. Boletin núm. 3... del *producto líquido* léase del *producto bruto*. Esta rectificacion, inserta tambien en el Diario oficial del 3 de Febrero no estaba revestida de ningun signo de autenticidad, por más que aparece en oposicion formal con el texto original de la ley. El resultado práctico de estas dos redacciones es muy diferente y trata de saberse cuál se ha de seguir: la primera

Pero es muy distinta nuestra posicion con respecto á las fuentes del derecho justiniáneo, una vez que, como todo el mundo reconoce, no poseemos ningun texto oficial que emana del legislador. Otra cosa seria si los glosadores de Bolonia hubiesen dado el resultado definitivo de sus trabajos críticos formando una vulgata que podria reemplazar al texto oficial y sujeta, por tanto, solamente á la alta crítica; pero como no ha existido nunca una vulgata definitiva compuesta con este espíritu, no ha podido adaptarse (§ 17), y así es que no poseemos más que un gran número de manuscritos más ó ménos antiguos y más ó ménos exactos. Su unanimidad respecto de una redaccion determinada no podria suplir la promulgacion legislativa sino por una especie de ficcion, y por más que induzca la probabilidad de que tenemos á la vista el texto original no nos da de ella la completa certidumbre. Autores modernos hay que por temor de que desaparezca toda fijeza en la práctica si se dejara ancho y libre campo á la crítica, llegan á rechazarla completamente encerrándola dentro de estrechos límites (*a*).

La cuidadosa solicitud que suele manifestarse en favor de un texto dado contra toda alteracion arbitraria, es una vana solicitud, porque el texto fijo no existe en ninguna parte, y cuando se trata de determinar el que consideran ellos como tal empiezan las divergencias y las incertidumbres: solo la vulgata, establecida por la escuela de Bolonia, si la escuela de Bolonia lo hubiera hecho así, llegaria á tener este carácter de fijeza. La unanimidad de los manuscritos podria tomarse como tipo sin que esto impidiera la libertad de la crítica; pero no se ha tenido en cuenta dicha unanimidad. En efecto, nunca se ha tratado, en los casos dudosos, de hacerlo cons-

---

redaccion estaba en armonía con el sistema general sobre la cobranza del impuesto, pero era de difícil ejecucion; la segunda tenia caractéres enteramente opuestos.

(*a*) Thibaut rechazaba completamente en la práctica el uso de la crítica (Versuche, I, N. 16); pero más tarde abandonó esta opinion (Logische Auslegung § 44).—Feuerbach solo admite la crítica congetural cuando el texto no presenta ningun sentido ó está en contradiccion consigo mismo (Civilistische Versuche. Th. I, N. 3). Esta opinion ha sido adoptada por Glück, I, § 35, N. 5,

tar, y, por otra parte, si se rechaza la crítica por el temor de que trastorna la jurisprudencia de los tribunales, con más razon se rechazaria la comparacion de los manuscritos que tiene precisamente ese peligro. Si bajo estas diferentes formas se nos escapa el texto dado, el texto infalible, no nos queda para aceptar como tal sino el texto de que todos se sirven comunmente, el consignado en las ediciones más extendidas, como por ejemplo, las ediciones de Godofredo (*a*); pero un principio tan vago y tan arbitrario no podria ser tomado en sério.

§ XXXIX.—*Interpretacion de las leyes de Justiniano.—* (Crítica).—*Continuacion.*

Despues de haber establecido la legitimidad de la crítica deben indicarse sus procedimientos y sus reglas.

La crítica diplomática se ocupa de comparar los manuscritos, de apreciar sus caractéres exteriores y de colocarlos por órden de fechas y de valor. Debe mantener la integridad del texto y rechazar los elementos extraños (§ 17), que, en la mayor parte de las ediciones modernas, pueden fácilmente ser confundidos con él (*b*).

La alta crítica tiene dos objetos: poner, por decirlo así, en ejercicio y mejorar los manuscritos que la crítica diplomática

---

(*a*) La mayor parte de los adversarios de la crítica participan de esta opinion sin darse cuenta ellos mismos ni expresarlo claramente; es francamente profesada, aun en medio de mucha confusion, por Dabelow, Handbuch des Pandectenrechts, Th. I, p. 204 (Halle, 1816). Sin embargo el autor obra de una manera enteramente contraria y concede á la crítica grande libertad.

(*b*) La aplicacion de los textos no glosados, aunque auténticos, es un error sin duda alguna; pero es mayor aún el de considerar como parte integrante del derecho romano los diversos resúmenes compuestos desde el siglo XIV é insertados más tarde en las ediciones. Por lo demás el último error se explica fácilmente de esta manera: las glosas y otras notas más modernas están colocadas al márgen de las ediciones, miéntras que estos resúmenes se encuentran en medio de los textos, bajo forma de intitulados, lo cual puede engañar á un principiante. Cf. Savigny, Beruf unserer Zeit. (Vocacion de nuestro tiempo etc.) p. 62 y Histoire droit romain an moyen âge, ch. LIII.

le proporciona como materiales. En su virtud, primeramente se ocupa de establecer un texto comparando los manuscritos. En esta funcion, para apreciar el grado de verosimilitud de las diversas redacciones deberá indudablemente tenerse en cuenta el número y el valor de los manuscritos; pero es enteramente libre para adoptar la redaccion que juzgue preferible sin atender á ninguno determinado, ni á una cierta clase, como por ejemplo, los manuscritos de la vulgata. Esta especie de independencia de la crítica ha sido reconocida en circunstancias muy especiales áun por aquellos que, en teoría, niegan su legitimidad; así es que muchos fragmentos del Digesto, mutilados en el manuscrito de Florencia y que no tienen sentido alguno, han sido completados por textos de una autenticidad evidente, tomados de otros manuscritos; y no es ménos frecuente el caso contrario (*a*). No conozco ningun autor cuyo rigorismo haya rechazado estas dos clases de rectificaciones, por cuya razon puede concluirse que, entre las restricciones arbitrarias enumeradas más arriba, la opinion que atribúyese al texto de Bolonia una autoridad exclusiva encontraria en la historia mayor apariencia de fundamento. Y, ciertamente, que en la mayor parte de las ediciones que se pueden consultar no se hace sentir la necesidad de estas rectificaciones, porque han sido hechas de antemano; prueba evidente de que en ninguna época se ha formado, sobre la autoridad exclusiva de un texto, una opinion unánime, semejante á la que existe sobre gran número de reglas importantes del derecho (§ 20).

A esta primera funcion de la alta crítica pertenece tambien la puntuacion, que, determinando la division lógica de un texto, deberia entrar bajo el dominio del intérprete, si no formara ya parte del de la crítica. Es cosa singular que consideren muchos el cambio de la puntuacion ordinaria como una

---

(*a*) Savigny, Hist. du droit romain au moyen age, vol. III, (§ 167, 171). Acaso se diga que estos complementos sacados del manuscrito de Florencia formaban parte de la Vulgata; pero los jurisconsultos de Bolonia no han dejado de hacer gran número de rectificaciones que se han verificado más tarde conforme al manuscrito de Florencia y contra las cuales no se ha reclamado nunca.

especie de correccion (*a*), cuando la existencia de esta puntuacion *ordinaria* es tan quimérica como la de un texto ordinario, puesto que los manuscritos no nos dan más que una série contínua de letras colocadas á igual distancia y susceptibles de formar palabras y frases. El comienzo de la puntuacion de que nos ofrecen inciertos rasgos los manuscritos no tiene interés alguno en este lugar.

Pasó á la segunda funcion de la alta crítica, á la que consiste en mejorar el texto, rectificándolo por medio de conjeturas (*b*), y hé aquí principalmente lo que ha levantado tantas reclamaciones contra la aplicacion de la crítica á las fuentes del derecho. No desconozco que, desde el siglo décimo sexto, muchos jurisconsultos, principalmente de Francia y Holanda, han abusado grandemente de la crítica conjetural y la han tratado de una manera ligerísima: estoy muy léjos de defenderlos; pero á pesar de estos abusos es preciso convenir en que la crítica conjetural es legítima y necesaria, y debemos mantenerla en la integridad de sus derechos (*c*).

Dicha doble aplicacion de la alta crítica á la eleccion y rectificacion de los textos tiene una afinidad evidente con la interpretacion de las leyes defectuosas por consecuencia de indeterminacion ó impropiedad en los términos (§ 35, 37). Así, para reconocer y establecer la verdadera letra de un texto, debemos, ante todo, examinar el encadenamiento necesario de sus diversas partes, no siguiendo los principios generales de la deduccion lógica, sino teniendo en cuenta el carácter literario individual del texto ó de la clase de textos de que forma parte. En este punto poco podrian enseñarnos las reglas: para adquirir un certero golpe de vista crítico debe hacerse

---

(*a*) Feuerbach, p. 93.

(*b*) La correccion es cosa relativa y supone un texto defectuoso que se trata precisamente de rectificar. En este sentido la indicacion de las faltas de impresion lo son ya; pero, ordinariamente, se reserva esta expresion para las rectificaciones que tienen un carácter científico, es decir, las hechas en los manuscritos ó en las ediciones publicadas segun los manuscritos.

(*c*) Así es una restriccion ilegítima la de no admitir las conjeturas sino como último recurso cuando el texto no presenta ningun sentido ó encierra una contradiccion evidente. Véase pág. 168, nota *a*.

un estudio constante de las fuentes y añadir al instinto de la verdad una justa desconfianza de sí mismo.

Se puede tambien rectificar una ley dudosa por su comparacion con otra ley; pero la referencia de los textos ofrece solo una certidumbre relativa segun es el grado de conexion íntima que existe entre las dos leyes. Una circunstancia exterior puede venir todavía á confirmar este medio de rectificarlas, si llegamos á mostrar de una manera verosímil como ha sido desfigurado el texto original por los copistas, en cuyo caso puede invocarse la analogía. Existen, en efecto, errores de copistas cuya frecuente y uniforme repeticion nos autoriza, por ejemplo, á suponer la confusion de ciertas letras y la sustitucion de una por otra; la omision de una letra cuando la misma le precede inmediatamente, y que se trata de restablecer; en fin, líneas enteras omitidas ó invertidas en el manuscrito original del copista; pero esta última suposicion exije ya algun más miramiento. El grado de dificultades que presentan diversas redacciones hace tambien verosímil la alteracion del texto y permite creer que el copista haya modificado el original por no entenderlo. Algunas veces sucede tambien que habiendo cambiado el derecho en el tiempo en que vivia el copista, se ha sustituido en la copia el derecho nuevo al texto antiguo (*a*). Es ilegítimo suponer para rectificar un texto que los manuscritos originales contuviesen abreviaturas cuyo sentido hubiese escapado á los copistas, porque habiendo prohibido expresamente Justiniano servirse de ellas en la copia de sus leyes (*b*), si se han

---

(*a*) Citaré como ejemplo el § 4 J. de nupt. (I, 10): «Duorum autem fratum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi *non* possunt.» El *non*, que se encuentra en muchos manuscritos y falta en otros, debe evidentemente ser rechazado, sobre todo, cuando se considera que en el tiempo en que han sido hechos nuestros manuscritos, todos los copistas sabian que el matrimonio entre primos hermanos estaba prohibido (por el derecho canónico). Pareceria mucho más natural y más útil rectificar los textos segun la historia del derecho antejustinianeo; pero veremos pronto que con frecuencia son inadmisibles estas rectificaciones.

(*b*) Const. *omnem*, § 8, L. I, § 13, C. de vet. j. enuel. (I, 17), L. 2, § 22, eod. Const. *Cordi*, § 5.

deslizado algunas en los manuscritos, es accidente muy raro cuya aplicacion á un determinado texto no ofrece nunca verosimilitud suficiente.

§ XL.—*Interpretacion de las leyes de Justiniano.—Continuacion.—(De las leyes tomadas aisladamente).*

Las reglas de interpretacion, en su aplicacion á las leyes de Justiniano, solo conciernen á sus dos colecciones principales: el Digesto y el Código. Cada una de ellas forma un vasto conjunto compuesto de una multitud de partes históricamente diversas con indicacion de su orígen. Se trata ahora de exponer como deben interpretarse estas diversas partes consideradas aisladamente y en sus relaciones con el conjunto.

Para apreciar un texto en sí mismo es preciso considerar todos sus caractéres históricos, es decir, no olvidar nada de lo que la incripcion y la suscricion nos enseñan sobre su fecha, su autor, su motivo y sobre su naturaleza particular, á menudo muy diferente del original de donde ha sido tomado (*a*). Aquí podemos servirnos no solamente de los demás textos de la legislacion justiniánea sino de todas las fuentes del derecho anteriores y posteriores, pues segun los principios expuestos (§ 13) se ha visto que el uso científico de estos ricos y numerosos materiales no podria sernos prohibidos.

Las partes constitutivas de la legislacion justiniánea pueden dividirse en dos grandes clases que, bajo este punto de vista, importa distinguir bien. La primera y la más considerable abraza el conjunto del Digesto y los rescriptos contenidos en el Código; estos textos tenian por objeto principal atestiguar el derecho en vigor entonces, lo que les da un carácter científico y hace que domine en ellos el elemento sis-

---

(*a*) Esto se aplica principalmente al Digesto en donde cada fragmento debe ser considerado como habiendo formado parte de una obra científica. Lo mismo debe decirse de los diferentes textos del Código sacados de una misma constitucion (*coassatio*). Este caso se encuentra frecuentemente en el Código Teodosiano y algunas veces tambien en el Código de Justiniano. Se puede citar como ej. la L. 5 C. de act. emti. (IV, 49) que se relaciona con la L. 3 C. in quibus causis (II, 41).

temático de la interpretacion (§ 33). Pero este dato podria dar lugar á un doble error que yo debo señalar: 1.°, los rescriptos no se limitan siempre á exponer el derecho existente, á menudo tambien lo modifican (§ 24) como lo verificaban, aunque en menor grado, los escritos científicos de los antiguos jurisconsultos (§ 14, 19): este carácter resaltará aún más cuando exponga su correspondiente método de interpretacion; 2.°, seria un grave error considerar las reglas generales de interpretaeion de las leyes como inaplicables al conjunto del Digesto y á los rescriptos del Código, porque estos elementos de las fuentes no tuviesen autoridad legislativa; dichas reglas por su propia naturaleza se aplican á todas las formas bajo las cuales se produce el derecho aunque su desenvolvimiento lo hubiera presentado con ocasion de las leyes: por esto cuando he querido hacer notar las reglas de interpretacion por medio de ejemplos, no he tenido en cuenta para nada el carácter primitixo de los textos.

La segunda clase abraza lo que era originariamente ley, es decir, los edictos insertados en el Código; y si para la primera clase predomina el elemento sistemático de la interpretacion, aquí domina el elemento histórico (*a*). Otro tanto puede decirse de las Novelas, que, por lo demás, no son parte integrante de una unidad superior, sino leyes separadas.

§ XLI.—*Interpretacion de las leyes de Justiniano.—Continuacion.—(De las leyes consideradas en su relacion con la recopilacion en que se encuentran.)*

Veamos ahora la influencia que ejerce sobre la interpretacion de una ley su relacion con el conjunto del cuerpo en donde figura.

El medio de interpretacion que consiste en examinar una ley defectuosa en su conjunto (§ 35) toma aquí nuevo aspecto y recibe nueva importancia, puesto que tanto el Digesto como el Código no son otra cosa que una gran ley de Justi-

---

(*a*) Así por ej., el asunto de la L. un. C. de nudo J. Quir. toll. (VII, 25). La principal cuestion es la de saber cuál era, sobre este punto, el derecho en vigor al comenzar el reinado de Justiniano, derecho que esta ley modificó.

niano y por consiguiente su exámen adquiere una vasta y legítima extension (*a*),

El título especial donde se inserta el texto sirve mucho para los fines del intérprete, pues distinguiéndose cada título de los demás en el Digesto y en el Código por la materia de que trata, la especialidad de este objeto contribuye en gran manera á determinar el sentido de un texto dudoso. No debe olvidarse, sin embargo, que engañados los redactores del derecho justiniáneo por una apariencia exterior de analogía, han insertado algunas veces un texto en un título que no le correspondia en manera alguna (*b*), en cuyo caso este medio de interpretacion no puede serle aplicable. Pero aun independientemente de estos casos excepcionales, seria una exageracion de la regla el pretender restrinjir cada texto al objeto directo de su título, pues con frecuencia los redactores han tenido presente otro objeto, y, á veces, más importante.

Si los redactores hubiesen seguido un órden lógico, podria intentarse todavía un medio de interpretacion parecido que se fundase en la disposicion de los fragmentos de cada título; pero en el Código han seguido un órden cronológico, y en el Digesto han adoptado un órden tan puramente exterior y formal, que no admite recto medio de interpretacion. No obstante, sucede algunas veces que el lugar que un fragmento ocupa en un título, está determinado por el encadenamiento de las ideas, en cuyo caso es un recurso que el intérprete debe aprovechar (*c*).

Las innumerables modificaciones que han sufrido los tex-

(*a*) La comparacion de dos textos del Digesto puede hacerse con dos fines diversos: con el de rectificar una expresion vaga é inexacta que es el que aquí me ocupa, ó con el de hacer desaparecer una antinomia, del cual hablaré más adelante.

(*b*) Se les llama *leges fugitivæ*. Se cita como ejemplo la L. 6 de transact. (II, 15), insertada por error en el título «de transactionibus» á causa de la sola palabra *transigi*, por más que dicha ley no tenga relacion con el título, como nos podemos convencer comparándola con la L. 1, § 1, text. quemadm, aper. (XXIX, 3).

(*c*) Bluhme, Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, (órden de los fragmentos en los títulos de las Pandectas) Zeitschr. f. Gesch. Rechtsw., (Revista de la ciencia historia del D.º) t. IV, p. 290. 366, 414.

tos originales al pasar á las compilaciones de Justiniano, ofrecen una gran importancia y son de tres especies.

La primera consiste en modificaciones parciales, que se llaman ordinariamente interpolaciones ó *emblema Triboniani*, y de ellas, unas son evidentes (*a*); otras, y en mayor número, son más ó ménos verosímiles; otras nos son hasta ahora desconocidas. Justiniano habia permitido, y tambien recomendado expresamnete estas interpolaciones, con el plausible objeto de cambiar las partes de los antiguos textos que no estaban en armonía con las nuevas disposiciones, y de esta manera apropiarlas al objeto de la compilacion (*b*). En su consecuencia, debe tenerse como regla importante la de no emplear las antiguas fuentes para la crítica de los textos sino con la mayor reserva, y solamente en los casos en que se sepa que no han sufrido ninguna interpolacion á consecuencia de un cambio en el derecho.

Conforme al carácter general de la compilacion, ciertas expresiones ofrecen en ella un sentido diferente del que tenian en los antiguos textos, lo cual constituye una segunda especie de modificaciones, no tan fáciles de conocer, porque los antiguos textos no experimentan cambio alguno en su letra. La materia de servidumbres nos proporciona un ejemplo nada dudoso: segun el antiguo derecho, las servidumbres podian adquirirse por una *in jure cessio*, y así, los antiguos jurisconsultos hablan de la *cessio* á propósito de las servidumbres. En tiempo de Justiniano la *in jure cessio* no existia; pero la expresion genérica *cessio* pudo emplearse en la acepcion general que tiene en el lenguaje moderno, cualquiera que fuese la forma en que se hubiera verificado; y por esta razon los

(*a*) Así, por ejemplo, la usucapion de los inmuebles era hasta el tiempo de Justiniano de dos años; él la extendió á diez, y algunas veces á veinte años, que anteriormente se designaba con el nombre de *longum tempus:* por esta razon se cambiaron, aunque sin necesidad, en los textos de los antiguos jurisconsultos, las palabras *usucapio* y *usucapere* por las palabras *longi temporis capio* y *longo tempore capere*. L. 10, § 1, L. 17, L. 26, L. 33, § 3, de usucap. (XII, 3), y muchos textos semejantes.

(*b*) L. 1, § 7, L. 2, § 10. C. de vet. j. enucl. (1, 17), Const. *Hæc quæ necess.*, § 2, Const. *Summa*, § 8, Const. *Cordi*, § 3.

redactores han consignado esta palabra en una multitud de textos, creyendo fundadamente que se tomaria en el sentido del nuevo derecho (*a*). Con más frecuencia se presenta un caso más importante, que es el de la reproduccion literal en un Código de la decision de un antiguo jurisconsulto, pero insertada por otro motivo y con diferente objeto del que primitivamente tenia; de modo que es igualmente aplicable en los dos casos, pero á título diferente (*b*). La interpretacion fundada en esta presuncion puede llamarse *duplex interpretatio*.

La tercera especie de modificaciones tiene gran analogía con la segunda, pero difiere esencialmente de ella en que no modifica las decisiones particulares, y es una consecuencia de la naturaleza misma de la compilacion. Así, los numerosos rescriptos insertos en el Código nos aparecen con un nuevo carácter y con la sancion de una nueva autoridad. En efecto,

---

(*a*) Véase L. 63, de usufructu (VII, 1), L. 20, § 1, de serv. P. U. (VIII, 2), L. 3, § 3, L. 10, L. 11, L. 14, de serv, P. R. (VIII, 3), L. 15, L. 18, Comm. præd. (VIII, 4). Acaso en la mayor parte de los textos originales se escribiese *in jure cessio*, y los redactores del Digesto hayan suprimido *in jure*, y en este caso el cambio corresponderia á las dos especies de modificacion indicadas hasta aquí: á la primera por la supresion, y á la segunda por el cambio de la significacion de la palabra; pero esta suposicion no es necesaria, pues Gayo y Ulpiano unas veces añaden las palabras *in jure*, y otros las omiten. Gayo, I, § 168-172, II, § 30, 35, Ulpiano, XI, § 7.

(*b*) Se lee en la ley 11, pr. de public. (VI, 2): «Side usufructu agatur tradito, Publiciana datur.;» y lo mismo se lee más adelante con motivo de las servid. rurales. Hé aqui el sentido de Ulpiano: cuando el usufructo no ha sido solemnemente constituido (por *la in jure cessio*), sino por una tradicion, el usufructuario no tiene la *confessoria* (*vindicatio usufructus*), sino únicamente la *Publiciana*, para la cual bastaba la simple tradicion. Ahora bien; para aplicar este texto al derecho justinianeo, es preciso suponer que el usufructo ha sido constituido por uno que no era propietario, porque es el único caso que desde entonces exigiria la *Publiciana*.—Si la casa de mi vecino amenaza ruina y yo obtengo una *missio* y despues un segundo decreto, tengo al mismo tiempo la *Publiciana* y la capacidad de usucapion. L. 5, pr., L. 18, § 15, de damno infecto (XXXIX, 2). Antiguamente esto significaba que por el segundo decreto podia el pretor conferir la propiedad, pero no la quiritaria, sino el dominio *in bonis*. Segun el derecho justinianeo, esto se aplica al caso en que el vecino no puede probar la propiedad.

todo rescripto tenia fuerza de ley para el caso particular en que se habia dado, y de ninguna manera para los casos semejantes (§ 24), mas en el Código sucede precisamente lo contrario, pues el negocio que habia dado lugar al rescripto era un hecho verificado hacia ya largo tiempo, y Justiniano elevó al rango de leyes generales las reglas concretas expresadas por los rescriptos. Esta conclusion se justifica cumplidamente, pues de hecho la insercion de un rescripto en el Código implica ya esta fuerza legislativa; y por si esto no bastara, Justiniano lo declara así expresa y formalmente (*a*).

En el caso de estos rescriptos, nuestra mision es sacar de la decision particular la regla abstracta, eliminando la parte concreta en una justa medida, pues tanto se puede pecar por exceso como por defecto (*b*), y á veces no es fácil discernir con certidumbre lo que es regla general de lo que se refiere á las circunstancias particulares en que el rescripto se produjo. El procedimiento empleado aquí difiere esencialmente de la interpretacion extensiva de una ley en virtud del motivo (§ 37), pues en este último caso se rectifica, extendiéndola, la expresion defectuosa de la ley; y, en cuanto á los rescriptos, no hay nada que rectificar, puesto que se trata únicamente de inducir la regla general de su aplicacion particular (*c*). Para la interpretacion de los rescriptos el *argumentum a contrario* (§ 37) es más peligroso que en todos los demás casos; porque la parte del rescripto donde se tome el principio para el argumento puede referirse á la naturaleza individual del

---

(*a*) Const. *Hœc quœ necess.*, § 2. Const. *Summa*, § 3.

(*b*) Bajo esta relacion debe estudiarse la manera que tenian los jurisconsultos romanos de considerar los rescriptos en la L. 9, § 5, de j. et f. ignor. (XXII, 6). Así, ellos llegaron á considerar, sino como leyes, al ménos como una gran autoridad (§ 24). las reglas contenidas en los rescriptos.

(*c*) Así, pues, es preciso no confundir con la interpretacion extensiva: 1.° el procedimiento de que hablo aquí y que consiste en descubrir en una decision completa la regla general que contiene explícita ó tácitamente; 2.° la aplicacion á los casos semejantes de las reglas contenidas en los rescriptos. Esta aplicacion que supone la autoridad legislativa de los rescriptos, estaba prohibida en el antiguo derecho (§ 24) y ordenada para los rescriptos incluidos en el Código. Nada de esto tiene que ver con la interpretacion extensiva.

asunto, y esta es una duda que nunca se disipa completamente (*a*).

§ XLII.—B. *Interpretacion de las fuentes consideradas en su conjunto. (Antinomia.)*

Hasta aquí he hablado de la interpretacion de las leyes consideradas aisladamente; pero no es este el único punto de vista bajo el cual pueden ofrecérsenos, sino que, por el contrario, hemos de tener en cuenta que la reunion de las fuentes (§ 17-21) constituye una vasta unidad destinada á regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho. Considerados bajo este otro respecto deben ofrecernos el doble carácter de unidad y de universalidad, y para percibir este doble carácter no basta estudiarlas de una manera aislada; es preciso abrazar la generalidad de las fuentes. En este punto, como en otro semejante, comenzaré por examinar el derecho en el estado normal, y despues indicaré los medios que tenemos á nuestro alcance para correjir sus defectos.

Debemos comenzar por sistematizar en nuestro espíritu el conjunto total de las fuentes; procedimiento igual á aquel en cuya virtud reconstruímos separadamente las relaciones de derecho y las instituciones (§ 4, 5), sólo que se mueve en una más ámplia esfera. El motivo fundamental de la ley, que hemos consultado ya para la interpretacion aislada, toma por este medio nuevo vigor é importancia, y la fuerza orgánica de la ciencia (§ 14) obra en toda su extension. El conjunto de las fuentes, y en particular el que llamamos el cuerpo del derecho de Justiniano, puede ser considerado bajo este aspecto como una sola ley, á la cual son, hasta cierto punto, aplicables las reglas dadas para la interpretacion de las leyes aisladas. El paralelismo de los textos tiene aquí un especial interés, pero la variedad y la extension de las fuentes hacen este paralelismo de difícil comprension (*b*).

(*a*) Mühlenbruch, archiv. f. civil Praxis, II, p. 427.

(*b*) La glosa proporciona una excelente base á la compilacion de los textos paralelos. Para los primeros estudios las notas de J. Godofredo, que en este punto no son más que extracto de la glosa, tienen gran utilidad.

Los defectos de dicho conjunto, comparados con los defectos de las leyes particulares (§ 35), se refieren á dos caractéres esenciales: la unidad y la universalidad; y allí donde falta una ú otra tenemos una contradiccion que resolver ó una laguna que llenar; sin embargo, bien considerado, ambas condiciones constituyen una sola y única base, á saber: la unidad, que es lo que se trata de restablecer, ora positivamente llenando las lagunas, ora negativamente resolviendo las contradicciones.

Las contradicciones que presentan las fuentes en sus diversas partes tienen gran analogía con la expresion indeterminada de una ley particular (§ 35, 36). Uno y otro defecto se prueban lógicamente y deben ser necesariamente rectificados, no por via de argumentacion lógica, sino históricamente.

Ante todo debe tratarse de conciliar los textos, mostrando que la contradiccion solo tiene una apariencia de realidad; pero si aquellos son efectivamente inconciliables, se debe recurrir á las reglas siguientes:

La contradiccion puede existir entre las diversas fuentes cuyo conjunto forma el derecho comun (§ 17,20), ó bien entre este conjunto y las fuentes que más tarde pueden añadirse (§ 21).

Las partes constitutivas del derecho comun en Alemania son las leyes de Justiniano, el derecho canónico, las leyes imperiales y el derecho consuetudinario científicamente establecido, es decir, la jurisprudencia de los tribunales. Si existe en el seno del derecho comun una contradiccion insoluble, el principio es que la fuente más moderna se sobrepone á la más antigua; pues como semejante contradiccion se refiere al desenvolvimiento progresivo del derecho, toda regla nueva lleva consigo la anulacion de la antigua. Mas como hemos de aplicar el derecho actual, reglas vivas y no reglas muertas son las que hemos de seguir (*a*), de donde se desprende una

(*a*) Este género de contradiccion nada tiene de defectuoso, de la misma manera que si se considera la antigua ley como parte integrante de las fuentes (y necesariamente abolida), el derecho entonces en vigor tampoco tiene ningun vicio. El establecimiento de semejante contradiccion no implica crítica alguna del derecho, mientras que la idea de la censura es inseparable de una ley particular defectuosa (§ 35-37).

restriccion natural al principio que acaba de exponerse. Y, en efecto, cuando al lado de la antigua regla existia una excepcion, ésta, lejos de ser abolida por la antigua regla, continúa subsistiendo al lado de la regla nueva, á menos que no haya sido especialmente abolida (*a*).

El principio general se aplica de la manera siguiente: la jurisprudencia verdadera de los tribunales, como modificacion más reciente de las fuentes antiguas, se coloca en primer lugar, despues vienen las leyes imperiales, despues el derecho canónico, y, por último, el derecho romano. De todos modos solamente exije una explicacion justificativa el lugar asignado á los últimos.

La cuestion de saber si respecto á las materias del derecho privado debe sobreponerse el derecho canónico al derecho romano, ha sido debatida largo tiempo. Desde luego es evidente que debe tratarse ante todo de conciliarlos; pero cuando la conciliacion es imposible, por ejemplo, en el caso en que el derecho canónico derogue expresamente el derecho romano, varios autores modernos establecen la siguiente doctrina: ambos derechos, dicen, solo tienen autoridad entre nosotros en virtud de su recepcion, y como ésta data de la misma época, son en realidad dos derechos contemporáneos de igual poder, y, por consiguiente, cada conflicto exije la intervencion especial de la jurisprudencia (*b*).

(*a*) L. 80. de R. J. (L. 17): «In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.» L. 41, de *pœnis* (XLVIII, 19):.... «Nec ambigitur, in cætero in omni jure speciem generi derogare.» He citado ya el texto de esta ley, § 37, nota 4.ª El exámen de la ley nueva es el único elemento para decidir si la abolicion se extiende tambien á las excepciones. Solo deben considerarse como limitacion de las reglas generales las disposiciones que tengan un carácter excepcional y no las disposiciones especiales que se derivan del antiguo derecho por via de consecuencia. Véase Thibaut, Civilst. Abhandlungen, núm. 7, donde se encuentra expuesto este principio.

(*b*) Hübner, Berichtigemgen und Zusätze zu Höpfner, págs. 14-22. Mühlenbruch, I, 70. Se encuentran conceptos más exactos en Böhmer, Jus eccl., prot. L. I, tít. 2, § 70-73, que trata de la cuestion muy largamente, aunque sin llegar á un resultado de todo punto claro, Cf. Hofäcker, I, § 53.

En las materias del derecho privado, el derecho canónico, y especialmente las decretales, que es donde el conflicto se muestra más á menudo con relacion al derecho romano, tiene el carácter de las Novelas. En esta relacion se adoptaron los dos derechos en Bolonia, y aunque las decretales aparecieron primero separadamente, despues fueron reunidas en recopilaciones tales como hoy las poseemos, de modo que, aceptados los dos derechos, las decretales fueron en realidad leyes derogadoras. Es verdad que el derecho canónico estaba ya completo cuando Alemania lo adoptó conjuntamente con el derecho romano; pero esta adopcion se verificó con el mismo sentido que en Bolonia, así como no admitimos otras fuentes del derecho romano que las reconocidas por esta escuela (§. 17). La asimilacion completa podria dar lugar á dudas si el derecho canónico, recibido como ley en Italia, no lo hubiese sido tambien en Alemania; pero, en el tiempo en que se adoptó, la Santa Sede y sus leyes eran tan respetadas en Alemania como en Italia, de modo que aceptar el derecho canónico y su supremacía no era someterse á la autoridad de Bolonia, sino ser consecuente con los principios que entonces rejian.

De todo lo dicho resulta que, respecto á las materias de derecho privado, el derecho canónico tiene preferencia sobre el romano. Esta doctrina tiene, sin embargo, su excepcion cuando existe jurisprudencia especial sobre un punto determinado, y tambien en los países protestantes, cuando una disposicion del derecho canónico privado está en contradiccion con las doctrinas de la Iglesia protestante. La superioridad reconocida á las leyes imperiales sobre el derecho canónico puede producir el mismo efecto; esto es, una excepcion del mismo género, cuando las leyes imperiales condenan una regla particular del derecho canónico, y restablecen la regla del derecho romano (*a*).

(*a*) Así, por ejemplo, la materia de intereses en donde se ha reconocido generalmente que las leyes imperiales habian abolido la prohibicion absoluta pronunciada por el derecho canónico, han restablecido la legitimidad de los intereses conforme al derecho romano. Pero las cuestiones de detalle son muy debatidas.

§ XLIII.—*Interpretacion de las fuentes del derecho consideradas en su conjunto (antinomia.)*—Continuacion.

La contradiccion entre los textos mismos de la legislacion de Justiniano tiene más importancia y presenta más dificultades. Dichas antinomias son muy numerosas y han dado lugar á las más diversas opiniones de los autores modernos (*a*).

Ante todo es necesario distinguir las Novelas de las otras tres partes del cuerpo del derecho. Las Novelas eran leyes aisladas que tenian por objeto la reforma del derecho en su desenvolvimiento progresivo, y el legislador no las ha reunido nunca en un solo cuerpo. Así, en caso de contradiccion, cada Novela debe prevalecer sobre la Instituta, el Digesto, el Código y aun sobre las Novelas anteriores (*b*).

El reconocimiento de una antinomia es aquí asunto menos delicado, y la tentativa de una conciliacion menos necesaria que para las otras fuentes, pues el objeto de las Novelas era precisamente la modificacion del derecho. La circunstancia de haberse adoptado las Novelas simultáneamente con las otras partes del cuerpo del derecho, pudiera inducir á creer que se ha borrado la diferencia de fechas, y anulado, por tanto, la preferencia que le hemos reconocido; (*c*) pero debe

---

(*a*) Sobre este punto se encuentran notables ideas en Thibaut, Civilist. Abhandl., núm. 6, y en Löhr. Justinians Compilation (Grolman und Löhr Magazin, vol. III, núm. 7.)—Una lista muy extensa de los autores que tratan de ello puede verse en Haubold, Inst. jur. Rom. hist. dogm., ed. 1826, § 300.

(*b*) Para este objeto es muy útil, y en la prática indispensable, el cuadro cronológico dado por Biener (Gesichte der Novellen. Anhang, N. 4.) Y si se objeta que los glosadores no han conocido este cuadro, debe contestarse que ellos han admitido el principio, si bien lo han aplicado en la medida de sus conocimientos sin que tampoco hayan establecido una falsa cronología; así es que en este punto, como respecto á la crítica del texto (§ 17, 38), no han puesto obstáculo al progreso.

(*c*) Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, págs. 8-14, se toma un trabajo inútil para evitar esta objeccion, y concluye por aceptar el principio que ya he sentado; pero lo acepta sin darle importancia, y como un punto de vista enteramente falso.

tenerse en cuenta que la adopcion se ha verificado con el mismo sentido que les dió Justiniano al promulgarlas; de modo que al aceptar la herencia de sus leyes, hemos reconocido el grado de autoridad que él les habia asignado; y puesto que las Novelas habian abolido las disposiciones contrarias del derecho anterior, el hecho de haberse adoptado al mismo tiempo que este derecho en nada influye respecto á su autoridad.

En cuanto á las otras tres partes del derecho justinianeo, es conveniente determinar el punto de vista histórico general bajo el que deben considerarse, con el fin de establecer las reglas aplicables á los diferentes casos de antinomia.

Justiniano mismo considera sus compilaciones como una vasta unidad, como un verdadero cuerpo de legislacion exclusiva y completa en donde se tratan las materias del derecho (*a*). Este fin debia conseguirse mediante la eleccion entre una inmensidad de materiales, con la circunstancia de que, verificada la eleccion, cada fragmento, aun conservando la señal de su orígen, debia figurar solamente como parte integrante de una obra completamente nueva.

En el reciente cuerpo del derecho, el Digesto era la parte principal, la única que tenia sentido por sí misma y era casi suficiente para la práctica: al Digesto se referia lo restante de la compilacion, como partes accesorias, como extractos ó complementos; y, sin embargo, nada hay que establezca la superioridad de los textos del Digesto sobre los de las otras dos colecciones.

Las Instituciones suelen considerarse unas veces en primera línea, como obra del mismo Justiniano, otras veces en último lugar, como simple extracto del Digesto; pero una y

---

(*a*) Const *omnem*, § 7. Const. *Summa*, § 3, L. 2, §. 12, 23, C. de vet. j. enucl. (I, 17.)—Hüfeland, Geist der R. R., (Espíritu del D.º R.º) I, págs. 143-45, les rehusa este carácter á causa de los numerosos principios puramente científicos que contienen. Pero esta crítica solo se refiere á su orígen y á su forma, pues su autoridad legislativa está sobradamente justificada en los textos citados para que pueda ponerse en duda, y esto es precisamente de lo que se trata. Ciertamente que puede decirse que muchos textos no son leyes, sino materiales históricos. Volveré á tratar pronto de esta materia.

otra opinion constituyen un error verdadero. No vamos á ocuparnos de su carácter de manual para la enseñanza: consideradas solamente como parte integrante de la legislacion, las Instituciones son una constitucion de Justiniano (*a*), ni superior ni inferior al Digesto ni al Código. Más adelante hablaré de algunos detalles acerca de los conflictos que entre sí pueden producirse.

Se ha pretendido algunas veces, con aparente razon, que el Código de que hoy nos servimos debe tener el mismo género de supremacía que las Novelas, y, en caso de antinomia, ser preferido á las Instituciones y al Digesto á causa de serles posterior en un año. Pero este fundamento nos conduciria al siguiente resultado: la primera redaccion del Código que, por otra parte, casi en totalidad era muy semejante al que tenemos, apareció en 529; en 533 aparecieron las Instituciones y el Digesto, y por consiguiente, derogaron todos los textos del Código que les eran contradictorios; en 534 apareció la segunda edicion del Código, la cual derogaba las Instituciones y el Digesto tambien en lo contradictorio, y rehabilitaba los textos condenados el año precedente: ahora bien; ¿habrá quien suponga que haya querido sancionar Justiniano semejante versatilidad del derecho? (*b*). Por lo demás, él no podia pensar en todas estas derogaciones, puesto que no admitia contradiccion entre las tres recopilaciones, sino la armonía más perfecta. El pequeño número de textos del nuevo Código en que, sin admitir esta ridícula versatilidad y sin ir contra el pensamiento de Justiniano, puede reconocerse una derogacion, lo forman las constituciones publicadas entre la promulgacion del Digesto (30 de Diciembre del año 533), y la promulgacion del Código (17 de Diciembre de 534), es decir, en menos de un año (*c*); y esta derogacion, que es indudable,

---

(*a*) Proœm. Inst, § 6. L. 2, § 11, C. de vet. j. enucl. (I, 17.)

(*b*) Este argumento se invoca con razon por Thibaut, p. 83.

(*c*) Relaud (Fasti, p. 710) cuenta once constituciones de este género, y varias de ellas relativas á la Iglesia ó al Estado no contradicen el Digesto, de manera que nos quedan solamente seis constituciones relativas al derecho privado que establezcan un derecho nuevo, á saber: L. 2 C. de jur. propt. cal (II, 59), L. 29, C. de nupt. (V, 4), L. 31, C. de tut. (VI, 23), L. un. C. de cad. toll. (VI, 51), L. 15, C. de leg. her. (VI, 58), L. un. C. de lat. lib. toll. (VII, 6).

se verifica en virtud de un principio fundamental que pronto desarrollaré, no á consecuencia de la promulgacion posterior del Código en que se encuentran.

Reasumiendo brevemente lo que precede, resulta que las tres recopilaciones de Justiniano forman un conjunto armónico, aunque publicadas con algunos intervalos de unas á otras, y que en cuanto á su interpretacion, podemos considerarlas, sin temor de equivocarnos, como promulgadas simultáneamente *(a)*. Ahora se trata de sacar de dicho principio fundamental las reglas para la solucion de las antinomias que estas tres recopilaciones pueden presentar.

§ XLIV.—*Inlerpretacion de las fuentes del derecho, consideradas en su conjunto. (Antinomia).*—Continuacion.

La regla general más arriba expuesta (§ 42), sobre la conciliacion de los textos reduciendo la antinomia á una contradiccion aparente, recibe, en el punto que nos ocupa, nuevo valor y nueva importancia. Y en efecto, no formando las tres recopilaciones más que un todo, deben naturalmente expresar un pensamiento uniforme, puesto que Justiniano afirma positivamente que ellas no encierran ninguna antinomia, y que allí donde creamos encontrar una, si la examinamos atentamente (*subtili animo*), descubriremos el lazo oculto que concilia los textos (*b*), advertencia grave y de gran trascendencia, porque nos autoriza á emplear un método de conciliacion artificial, pero nunca arbitrario, pues no deben inventarse distinciones cuando los textos que interpretamos no nos ofrecen traza alguna de ellas (*c*).

De dos maneras puede verificarse la conciliacion: sistemática é históricamente, medios que son igualmente legítimos, si bien no debe emplearse el segundo, sino cuando el primero es insuficiente para resolver la dificultad.

Se opera la conciliacion sistemática asignando un objeto

(*a*) Löhr, p. 201.

(*b*) L. 2, § 15, L. 3, § 15, C. de vet. j. enucl. (I, 17).

(*c*) L. 2, § 15, cit. «... Sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiæ querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiæ fines effugientem.»

especial á cada uno de los textos contradictorios y fijando los límites de su aplicacion. En su virtud, podemos dividir el dominio de la regla en dos partes iguales, ó bien tomar uno de los textos como regla y el otro como excepcion. Tambien tiene lugar la conciliacion sistemática considerando los dos textos como dos partes de un todo destinadas á completarse mútuamente; así la generalidad aparente del uno se encuentra restrinjida y precisada por el otro (*a*). Los ejemplos que se ponen á continuacion exclarecerán la materia.

Muchos textos admiten la usucapion cuando el que posee sin título cree tenerlo (*b*), y otros la rechazan en el mismo caso (*c*): para conciliar tales textos bastará distinguir si el que posee sin título puede ó no probar una causa legítima de error: la usucapion está permitida en el primer caso y prohibida en el segundo (*d*). De igual manera muchos textos declaran nula entre esposos la venta cuyo justo precio ha sido disminuido ó exagerado (*e*), y otros no pronuncian la nulidad del acto sino cuando ha tenido por único objeto verificar una donacion; ahora bien, la venta hecha independientemente de este fin es válida, salvo la deduccion de la parte de precio que deba considerarse como donacion (*f*).

Estas interpretaciones descansan en un principio verdadero, á saber: que una regla concebida en términos generales no implica la imposibilidad de las excepciones sino cuando están previstas y expresamente incluidas. En los textos que acabo de citar los antiguos jurisconsultos nos indican este méto-

---

(*a*) Así la ley I, § C. de vet. j, enucl (I, 17), dice que sobre las materias reguladas por el Código nada se encuentra en el Digesto, «nisi forte vel propter *divisionem*, vel propter *repletionem*, vel propter *pleniorem indaginem* hoc contigerit.» Esto puede igualmente aplicarse á la solucion sistemática de las antinomias.—Justiniano mismo en la Nov. 158 nos da un ejemplo de la reunion sistemática de los textos del Código.

(*b*) L. 3, L. 4, § 2, pro suo (XL. I, 10).

(*c*) L. 27, de usurp. (X L. I, 3), § 11, J. de usuc. (II. 6).

(*d*) L. 11, pro emt. (X L. 1 y 4), L. 4, pro leg. (X L. I, 8), L, 5, § I, pro suo (XL. I, 10).

(*e*) L. 38, de contr. emt. (X VIII, I), L. 17, pr. ad S. Vell. (XVI, I).

(*f*) L. 5, § 5, L. 32, § 25, 26 de don. int. vir. (XXIV, 1). Véase más adelante, § 154, notas *b* y *c*.

do. Téngase en cuenta que no ha de olvidarse nunca el carácter especial de las reglas y de las fórmulas científicamente establecidas por los jurisconsultos (§ 14). Así, por ejemplo, cuando resulta una antinomia entre una de estas fórmulas y una regla concreta, la última debe siempre prevalecer. Tal es el método que emplea Africano (nota *i*), método cuya aplicacion resalta más todavía en otros casos (apéndice VIII, n. 8).

La conciliacion histórica se verifica tomando uno de los dos textos contradictorios como la regla verdadera y permanente de la legislacion y el otro como simple indicacion histórica. Mas este método se ha desacreditado por el modo grosero de ser entendido y puesto en práctica por muchos. Para ellos el órden cronológico es la regla absoluta, y consideran que cada texto, ora sea de un emperador, ora de un jurisconsulto, deroga los textos más antiguos. El procedimiento, fácil y cómodo, no está justificado en manera alguna por el plan general del cuerpo del derecho y es contrario al sentido que le dió Justiniano, el cual dice expresamente, refiriéndose al Digesto, que cada texto debe ser considerado como obra suya, como una ley imperial que de su autoridad emana (*a*).

La conciliacion histórica es perfectamente legítima cuando resulta verosímilmente que un texto se ha insertado con un fin histórico, en cuyo caso se prefiere el texto más moderno, no á causa de su fecha, sino porque el antiguo texto no estaba destinado á una aplicacion inmediata (*b*). Su insercion podia tener dos motivos, á saber: que los derechos adquiridos en la época en que se promulgaba la recopilacion se continuasen rijiendo por la antigua legislacion (*c*), ó bien, y este motivo

(*a*) L. I, § 5, 6, L. 2, § 10, 20, C. de vet. j. enucl. (I 17). La ley I, § 6, cit., dice: «Omnia enim merito nostra facimus;» los otros pasajes se explican del mismo modo. El primer objeto de estas disposiciones es, sin duda alguna, abolir la ley de Valent. III (§ 26), hasta entonces en vigor, de manera que un fragmento de Juliano incluido en el Digesto, tenga tanta autoridad como un fragmento de Ulpiano. Pero la regla es tan general que excluye igualmente todo predominio de un texto más moderno sobre otro más antiguo.

(*b*) Este punto se halla muy bien tratado en Löhr, p. 180, 189-197.

(*c*) Para conseguir tal objeto no era necesario insertar en la reopilacion los antiguos textos que no debian tener ya aplicacion, pues

tiene mucho mayor interés para la interpretacion, que el derecho se reprodujese con el fin de hacer comprender mejor el derecho nuevo, y entonces se supone que el antiguo texto figura en el Código como monumento histórico necesario para la inteligencia de la legislacion moderna.

Varias circunstancias vienen á confirmar esta suposicion. Las recopilaciones se componian de materiales históricos amontonados durante muchos siglos, y era necesario mostrar el desenvolvimiento progresivo de las instituciones, cosa que holgaria si el legislador hubiese hecho una obra original. Junto á cada fragmento se encuentra la indicacion detallada de su orígen, y estas indicaciones, cuidadosamente conservadas, no pueden tener otro fin que el de facilitar la inteligencia del derecho nuevo por la mencion del antiguo, pues no se comprenderian las innovaciones contenidas en una multitud de constituciones si no se conociese el antiguo derecho que modifican. Citaré, por último, la redaccion de las Instituciones, de donde se habian excluido todas las materias que habian caido en desuso (*a*), y que, sin embargo, contienen exposiciones históricas (*b*) generalmente muy completas y detalladas (*c*), lo cual se explica de la siguiente manera: las instituciones abolidas, como por ejemplo, la mancipacion y la forma rigurosa del matrimonio, debian ser desechadas; pero se quiso recordar el desenvolvimiento histórico de las que se conservaban, con el fin de que se comprendiesen mejor en su forma definitiva. ¿Y por qué este pensamiento tan natural y tan claramente manifestado en las instituciones no ha de aplicarse al Digesto y al Código y á las relaciones de las tres partes entre sí? Aceptada esta tan legítima idea, caen por su base

---

para conocerlos podia recurrirse á las constituciones y las obras de los jurisconsultos que subsistian siempre; pero de hecho Justiniano mismo nos enseña que algunas veces se insertan con esta intencion; Nov. 89, C. 7.

(*a*) Procem. Inst., § 3: «*ut.., nihil inutile*, nihil perperam positum, *sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis* accipiant.»

(*b*) Prœm. Inst., § 5: «Inquibus breviter expositum est *et quod antea obtinebat*, et quod postea desuetudine inumbratum ab imperiali remedio illuminatum est.»

(*c*) Por ej.; § 4-7, 1, de fid. hered. (II; 23).

todas las objeciones levantadas contra mi hipótesis con cierta apariencia de fundamento, y en comprobacion de ello voy á exponer y contestar algunas. «Justiniano, se dice, declara que cada texto debe ser considerado como su propia obra» (nota *i*): es cierto, debe contestarse, pero unos textos son reglas de aplicacion inmediata y otros indicaciones históricas. «Las recopilaciones no debian contener nada que hubiese caido en desuso» (*a*): hablando de las Instituciones he contestado á este argumento. En fin, «las recopilaciones no debian contener nada contradictorio (*b*);» pero la insercion de dos textos diferentes, en los cuales el uno es el comentario histórico del otro, no ofrece contradiccion alguna.

Creo haber probado suficientemente la legitimidad de la conciliacion histórica; sin embargo, no ha de recurrirse á ella sino cuando la sistemática es imposible (*c*), puesto que en vista del carácter y del fin práctico de las compilaciones de Justiniano debemos suponer que todas sus partes están destinadas á una aplicacion inmediata; á menos que esta suposicion no se destruya por una prueba concluyente. De otra manera la contradiccion de los textos es inevitable.

Determinar las condiciones de la conciliacion histórica es cosa tan importante como difícil, pues no es frecuente encontrar una série de detalles históricos semejante al pasaje de las Instituciones que he citado más arriba (p. 188 nota *c*). Esta conciliacion debe casi siempre obtenerse por un procedimiento artificial; pero, ¿cómo reconocer con certidumbre cuando hay lugar á emplearlo? Hé aquí algunas útiles advertencias. Cuando se encuentran dos textos contradictorios que no pertenecen á la misma época, la diferencia de su contenido puede á veces explicarse por la diferencia de fechas, bajo el supuesto de que el derecho, ó ha cambiado en el in-

---

(*a*) Const *Hœc quæ necess.*, § 2, L. I, § 10, C. de vet. j. enucl (I. 17).

(*b*) Const. *Hœc quæ necess.*, § 2, Const. *Summa*, § I, L. I, § 4, 8, C. de vet. j. enucl. (I, 17), L. 2, pr. § 15, eod. Nov. 158.

(*c*) Justiniano mismo lo confirma en la manera de expresarse sobre la reunion sistemática, que prefiere, como más natural, á cualquiera otro método. L. 2, § 15, C. de vet. j. enucl. (I, 17) Nov. 158.

tervalo (*a*), ó bien, y esto es lo más ordinario, la modificacion se verifica por el último texto que lleva este carácter de innovacion. En semejantes casos la conciliacion histórica está perfectamen en su lugar, pues hay razon para sostener que los redactores de ambos textos estarian de acuerdo si hubiesen vivido en el mismo tiempo; y en su virtud el antiguo texto se considera como un simple documento para la interpretacion histórica del nuevo (*b*), sin que importe averiguar si los redactores lo han insertado con este espíritu, lo cual no podria nunca probarse de una manera absoluta, ó si ha escapado á su atencion. Aun en este último caso, la conciliacion

---

(*a*) Esto es lo que sucede cuando una ley nueva ha sido dada en el intervalo, ó, más frecuentemente cuando, una regla de derecho ha recido un desenvolvimiento científico. Así con respecto al préstamo la regla rigurosa no daba accion al prestamista contra el prestatario sino en el caso en que el dinero habia sido entregado inmediatamente; pero cuando los medios de adquirir la posesion no fueron tan extrictamente determinados, esta libertad reobró sobre el préstamo. Esta reaccion no se habia aún verificado en tiempo de Africano (L. 34, pr. mand. XVII, I): pero existía ya en tiempo de Ulpiano (L. 15, de reb. cred. XII, I). El fragmento de Africano no es, pues, otra cosa que un documento histórico que sirve para mostrar el desenvolvimiento progresivo de la regla. Un caso del mismo género se encontrará en el apéndice núm. X y otro en el § 164 (L. 23, de don. int. vir., XXIV, I).

(*b*) El *interdictum de vi* nos ofrece un ejemplo notable. El principio del antiguo derecho que concede el interdicto solamente para los inmuebles está formalmente expresado en el Digesto (L I, § 3-8, de vi, XLIII, 16). El Código y las Instituciones lo aplican á los pueblos y á los inmuebles. Admito aquí como prueba el principio formulado en mi tratado de la posesion; § 40, por lo demás esta cuestion es muy controvertida.—El *castrense peculium* nos proporciona otro ejemplo: cuando un hijo de familia que tenia un *castrense peculium* moria sin haber dispuesto de él por testamento, este peculio volvia al padre, no á título de herencia, sino de *jure pristino*. Este principio, formulado expresamente en el Digesto, se reproduce tambien en el Código (L. 1, 2, 9, 19, § 3, de castr. pec., XLIX, 17, L. 5, C. eod, XII, 37); pero no era ya aplicable desde la introduccion de los *adventitia*: así las Instituciones dicen de pasada que este derecho no pertenece al padre sino cuando el hijo no deja ni hijos, ni hermanos, ni hermanas. Pr. J, quib. non est permissum (II, 12).

responde indudablemente al propósito del legislador, como á la naturaleza y al objeto de la ley (*a*).

Por el contrario, no puede ser admitida la conciliacion histórica en los casos siguientes: primero, cuando sabemos en el límite que nos es posible, que los dos textos pertenecen á la misma época, como, por ejemplo, cuando dos fragmentos de los Pandectas son del mismo jurisconsulto ó de dos jurisconsultos contemporáneos; segundo, cuando perteneciendo á épocas diferentes la contradiccion no se resolveria en virtud de la diferencia de fechas, pues dado el sentido de cada autor, subsistiria igualmente aunque los dos hubiesen vivido en el mismo tiempo. Citaré como ejemplo de este último caso las doctrinas que durante siglos han dividido á los jurisconsultos romanos. Así es que cuando se encuentra en el Digesto una controversia semejante, importa poco que uno de los textos sea de Juliano y el otro de Modestino, porque los jurisconsultos contemporáneos tampoco estarian de acuerdo. El antiguo texto, por consiguiente, no podria ser considerado como monumento del antiguo derecho, ni su insercion verificada con ningun fin histório, y en su virtud, no podria tener lugar la conciliacion histórica, lo cual no se funda simplemente en el órden cronólogico, sino en la intencion de los redactores, probada por una modificacion patente del derecho. Es tambien inadmisible la conciliacion histórica entre dos textos pertenecientes á diferentes épocas cuando ignoramos á cuál de las dos clases de antinomias definidas más arriba pertenecen los textos contradictorios, pues en dicho caso carecemos del criterio para este método, á saber, un fin evidente.

§ XLV.—*Interpretacion de las fuentes del derecho, consideradas en su conjunto (antinomia.)*—Continuacion.

Si hacemos una aplicacion de estos principios á cada una de las recopilaciones, veremos que el Código se presta preferentemente á la conciliacion histórica. En efecto, cuando el nuevo texto es un edicto, podemos tener certidumbre casi completa de que tenia por objeto una modificacion en el de-

---

(*a*) Löhr, p. 212.

recho, sobre todo si procede de Justiniano, y con más razon aún si forma parte del pequeño número de edictos dados despues de la promulgacion del Digesto (*a*). Esta regla es tambien aplicable á la mayor parte de los antiguos rescriptos de los emperadores, y principalmente á los numerosos de Diocleciano, en los cuales es evidente la innovacion; sin embargo, no debe deducirse de aquí que en general el Código tiene preferencia sobre el Digesto, pues muchos antiguos rescriptos del Código se encuentran respecto al Digesto en tal relacion que, segun los principios precedentemente establecidos, no admiten conciliacion histórica (*b*). Por lo que toca á los textos del Digesto, pertenecientes á diferentes épocas, la conciliacion histórica es rara vez aplicable, pero no es imposible, y de ello he dado un ejemplo (*c*). Por último, cuando las Instituciones se encuentran en contradiccion con el Código ó el Digesto, pueden seguirse confiadamente las siguientes reglas: en los casos en que los compiladores, en la precipitacion de su trabajo y por un error evidente, insertan en medio de las Instituciones de Gayo un fragmento de otro jurisconsulto (*d*), debe abandonarse la Instituta; por el contrario,

---

(*a*) Cf. § 43, nota *g*.—Al reconocer aquí la autoridad predominante de estos textos, no lo hago fundado en la promulgacion posterior del nuevo Código, puesto que este principio lo he combatido más arriba.

(*b*) Thibaut, p. 13, y Löhr, p. 213, establecen el predominio absoluto del Código sobre el Digesto, cosa á que yo no puedo suscribir.

(*c*) § 44, nota *l*.

(*d*) Indico un caso del todo semejante en el apéndice núm. 1, pero no tiene relacion alguna con la práctica del derecho. El § 16. J. *de lege aquilia* (IV, 3) ha sido compuesto conforme á dos fragmentos, uno de Gayo, III, 219, y otro de Ulpiano, ad ed., que se encuentra en la L. 7, § 7, de dolo (IV, 3); pero la redaccion de las Instituciones parece significar que en los casos semejantes al citado al fin del parágrafo no seria admitida la *actio utilis aquiliæ*, mientras que está autorizada por la L. 27, § 19, 20, 21, ad leg. aquil. (IX, 2).—El § 3, J. de emt. (III, 24), dice que el vendedor de un esclavo no está obligado á guardarlo sino cuando se ha comprometido á ello expresamente; y en efecto, en muchos otros casos tampoco existe esta obligacion respecto al esclavo: L. 5, § 16, 13, Commod. (XIII, 6). El párrafo de las Instituciones, despues de haber hablado del esclavo, añade: «Idem in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus,» y al añadir estas palabras á la regla, tomada sin duda literalmente de los escritos de un antiguo juriscon-

cuando la Instituta expresa la voluntad formal y reflexiva del legislador, debe su texto ser considerado como un edicto de Justiniano y tener preferencia sobre los textos contrarios (*a*). Pero estos son casos excepcionales; de ordinario, las Instituciones y el Digesto se completan mútuamente entrando en el dominio de la conciliacion sistemática (§ 44), que nos dispensa de recurrir á otras vías de interpretacion (*b*). Pero ¿qué deberá hacerse cuando la antinomia, por otra parte incontestable, resiste á toda especie de conciliacion? No hay otro recurso que adoptar el texto más en armonía con los principios generales de la legislacion justiniánea. Esta regla supone la unidad orgánica de la legislacion de los romanos; unidad profundamente arraigada en la naturaleza misma del derecho positivo (§ 5); y además se encuentra confirmada por su analogía con el procedimiento que rectifica la expresion de una ley ambigua (§ 35, 36), procedimiento cuya legitimidad he sostenido siempre: allí vacilamos entre dos sentidos posi-

---

sulto, dan á entender los compiladores que el esclavo se menciona aquí accidentalmente, y en este sentido extienden la disposicion, pero no han reflexionado que el jurisconsulto habia hablado especialmente del esclavo; y tenia que ser así, porque para las demás cosas muebles rije, y no sin razon, el principio contrario. L. 35, § 4, de contr. emt. (XVIII, 1.) L. 3, L. 4, § 1, 2, de peric. (XVIII, 6.)—El § 39. J. de action. (IV, 6), solo admite compensacion para «quod invicem actorem *ex eadem causa* prœstare oportet.» Esta decision, contraria á la legislacion justinianea, y especialmente al § 30. J. eod., estaba ya abandonada en tiempo de Paulo. Paulo, II, 5, § 3, y no podia subsistir despues que Marco Aurelio habia aplicado la compensacion á la accion resultante de la estipulacion (siempre unilateral), § 30, J. cit. Hoy sabemos nosotros que estas palabras han sido tomadas inadvertidamente de Gayo (IV, § 61), y por tanto, que en su tiempo estaba admitida esta restriccion.

(*a*) Thibaut, p. 96.

(*b*) Hé aquí algunos ejemplos. El § 25, J. de rer. div. (II, 1), y la ley 7, § 7, de ac. rer. dom. (XLI, 1) se completan mútuamente. El párrafo de las Instituciones es más completo á causa de la adicion de la regla sobre la mezcla de materias pertenecientes á dos dueños; el párrafo del Digesto entra en más detalles, y explica el caso de la trilla. Es preciso, por tanto, unir intelectualmente los dos textos. De igual suerte la ley 2 § 6 mand. (XVII, 1) se completa por el fin del § 6, J. mand. (III, 27).

bles de la misma palabra, aquí entre dos monumentos opuestos de la misma legislacion; allí, para explicar una expresion dudosa, tomamos como término de comparacion las otras partes del texto ú otras leyes; aquí, para determinar un hecho incierto, recurrimos á los monumentos ciertos de la misma legislacion: la analogía, pues, es incontestable.

Hé aquí ahora simples aplicaciones de la regla. Cuando tenemos de un lado una decision completamente aislada, y de otro numerosas decisiones uniformes pertenecientes á diferentes épocas, debemos buscar el verdadero sentido de la legislacion en esta unanimidad más bien que en el testimonio aislado. De igual modo, cuando existan dos textos contradictorios, uno de los cuales esté colocado en el lugar donde se trata la materia objeto de la dificultad, y el otro en sitio distinto, debe suponerse que los redactores no habian insertado el primer texto sin tener idea clara de su sentido y su trascendencia, mientras que puede creerse que el segundo texto, de donde resulta la antinomia, ha escapado á su atencion; y por consiguiente, debe concluirse que el primero expresa el pensamiento del legislador con mucha más exactitud que el segundo (*a*).

Es verdad que Justiniano afirma que su legislacion no contiene antinomia (§ 44, *a*); pero, ¿qué puede esta afirmacion en presencia de una antinomia evidente y de la necesidad imperiosa de resolverla? Aún podria dudarse de la seriedad de esta afirmacion, porque si el plan de dichas recopilaciones no admitia antinomias, tampoco admitia las repeticiones ni la omision de textos importantes del antiguo derecho *(similia et prætermissa)*; y, sin embargo, respecto de estos dos últimos puntos el emperador mismo se somete á la crítica, invocando, con razon, por excusa la debilidad humana (*b*); luego el no reconocer de igual modo las contradicciones, que son, cuando menos, tan naturales y tan excusables, debe atribuirse á pura casualidad.

Hasta ahora he considerado la antinomia en el seno de las fuentes actuales del derecho (§ 42, s., q.); síguese despues exa-

---

(*a*) Por esta razon debe preferirse el § 3, J. de usufr. (II, 4) á la ley 66, de j. dot. (XXIII, 3).

(*b*) L. 2, § 14, de vet. j. enucl. (I, 17).

minarlas con relacion á las fuentes nuevas que pueden añadirse á este conjunto (§ 21).

Las reglas son, en general, las mismas que las ya expuestas. Así, es de rigor que la ley nueva derogue á la ley antigua, y este principio funda la superioridad del derecho provincial sobre el derecho comun; reapareciendo aquí tambien la regla de que la ley nueva no deroga necesariamente las excepciones restrictivas de la antigua ley.

Pero existe una regla especial en esta materia que debo mencionarla hora. Cuando la ley nueva se aplica á un territorio más extenso que el antiguo, y tiene el carácter de una ley absoluta (§ 16), deroga la ley anterior; pero si ella no tiene carácter absoluto, continúa subsistiendo (*a*). Tal es el sentido de esta antigua frase: la voluntad del hombre deroga el derecho municipal; el derecho municipal el derecho provincial, y el derecho provincial el derecho comun (*b*).

§ XLVI.—*Interpretacion de las fuentes del derecho consideradas en su conjunto (analogía).*

Cuando las fuentes son insuficientes para resolver una cuestion de derecho, debemos llenar esta laguna, porque la universalidad del derecho es tan esencial como su unidad (§ 42); y la dificultad consiste en saber cómo hemos de conducirnos para llegar á este resultado. Aunque aparentemente, son muchos los autores que han tratado del asunto de muy diversas maneras; sin embargo, pueden reducirse sus doctrinas á dos opiniones principales. Los unos piensan que existe un derecho universal y normal (el derecho natural), completamente subsidiario de todo derecho positivo, como

(*a*) L. 3, § de sepult. viol. La *lex municipalis* de una ciudad permitia enterrar á los muertos en el interior de los muros. Más tarde Adriano dió una ley general prohibiéndolo. Se pregunta cuál de estas dos leyes debe ser aplicada, y se responde que es la última, aunque general, porque es absoluta.—C. I de const. in VI: «...*Romanus pontifex... quia... locorum specialium... consuetudines et statuta... potest probabiliter ignorare: ipsis... per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare.*»

(*b*) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 30.

en Alemania el derecho romano, con relacion á los diferentes derechos territoriales: y no tengo necesidad de refutar aquí esta aplicacion de una doctrina que yo he combatido en su principio (§ 15). Los otros creen que el derecho positivo se completa á sí mismo en virtud de su fuerza orgánica: y se desprende de la definicion que he dado del derecho positivo (§ 5), que debo admitir necesariamente la verdad de esta doctrina, que es precisamente de la que he hecho uso para resolver las contradicciones y restablecer la unidad del derecho (§ 45). El resultado de tal procedimiento, con relacion al derecho positivo, se llama analogía (*a*), y por virtud de la misma se llenan las lagunas en el derecho.

La determinacion del derecho por analogía es susceptible de dos grados, á saber: primero, puede presentarse una relacion de derecho enteramente nueva, hasta entonces desconocida, y para la cual no existe en el derecho positivo ninguna institucion típica; entonces se procura la creacion de una institucion en armonía con el derecho existente; segundo, y este es el caso más ordinario, puede presentarse en el dominio de las diversas instituciones una cuestion nueva que ha de resolverse conforme á los principios y á la naturaleza de cada institucion. La justa apreciacion de los motivos de la ley toma en este caso una gran importancia (§ 34.)

En los dos grados la analogía sirve de instrumento al progreso del derecho, por ejemplo, bajo la forma legislativa, y entonces obra con más libertad; pero nos aparece tambien como método de interpretacion pura, y bajo este aspecto la considero cuando una nueva relacion de derecho ó una cuestion nueva se presenta ante los tribunales. Voy ahora á entrar en algunos pormenores sobre esta aplicacion particular de la analogía.

La base de toda analogía es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino tambien una armonía orgáni-

---

(*a*) Los romanos empleaban esta expresion en el mismo sentido. Varron, de lingua lat., lib. 10 (en las antiguas ediciones lib. 9), C. 3-6, Quintiliano, I, C. 6, Gelio, II, C. 25, Isidoro, I, C. 27.—Sobre la naturaleza misma de la analogía hay excelentes doctrinas en Stahl, Philophie des Rechts, II, t. I, p. 166.

ca, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que las dominan (§ 4-5). Debemos, pues, partir siempre de un conjunto dado con el fin de encontrar en su desenvolvimiento la solucion de la dificultad. Algunas veces la materia dada es una ley particular, y entonces se dice que la decision se saca *ex argumento legis*; pero ordinariamente debemos buscarla en las teorías de derecho formadas por vía de abstraccion. En uno y en otro caso difiere esencialmente esté procedimiento de la interpretacion extensiva (§ 37), con la cual se le confunde á menudo sin razon, pues la interpretacion extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresion impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto suponemos la ausencia de toda disposicion legislativa, que es precisamente lo que nos proponemos suplir en virtud de la unidad orgánica del derecho.

La interpretacion por via de analogía deja de ser aplicable cuando el conjunto que tomamos como punto de partida presenta el carácter de una excepcion á la regla, pues en este caso falta una de sus condiciones esenciales, á saber, la ausencia de toda regla. Así, por ejemplo, cuando una ley es abrogada *en parte* por una ley nueva, resulta, fuera de esta parte, subsistente (*a*); y querer extender más allá la abrogacion no seria emplear la analogía, puesto que no nos falta la regla, sino más bien ensayar una interpretacion extensiva, pero arbitraria y sin fundamento. Por la misma razon no es legítima la extension analógica de los privilegios propiamente dichos (§ 16), pues en materia semejante tampoco falta la regla. De igual manera nunca debe extenderse un derecho anormal ó *jus singulare* más allá de sus límites positivos, porque dicha extension seria destruida por la regla existente. Este último caso, más frecuente é importante que los otros, merece un exámen detenido. En efecto, si nos sirviésemos del derecho anormal, no para extender la excepcion que consagra, sino para zanjar una cuestion del mismo género todavía

(*a*) Se encuentra un ejemplo de ello en la L. 32, § 6, C. de apell. (VII, 62).—Cf. Thibaut, logische Auslegung, § 20.

indecisa, entonces habria analogía verdadera y no existiria el motivo de la reprobacion pronunciada; pero aun en este mismo caso debe buscarse la analogía, no en el *jus singulare*, sino en los principios del derecho normal, en vista de que la interpretacion por vía de analogía descansa sobre el encadenamiento interior y necesario del derecho, cosa que falta á las reglas anormales, trasplantadas al dominio del derecho (§ 16); y, por consiguiente, no puede atribuírseles la fuerza orgánica y creadora del derecho normal.

Los romanos tienen ideas muy exactas sobre la analogía empleada como complemento del derecho, pero en la aplicacion no distinguen claramente la formacion del derecho de la interpretacion pura; indicaré más adelante las causas de esta confusion. Segun sus principios, la solucion de toda cuestion nueva debe tambien encontrarse en las relaciones y afinidades íntimas del derecho en vigor (*a*); y las formas bajo las cuales se opera este desenvolvimiento orgánico son las *fictiones* (*b*) y las *utiles actiones*, formas que conservan los lazos íntimos que unen el derecho nuevo al antiguo y mantienen la unidad orgánica del conjunto. Un ejemplo donde se ven practicadas estas doctrinas es la *bonorum posessio* que, considerada en su desenvolvimiento completo, nos aparece como una ficcion de la *hereditas* (*c*).

Los antiguos jurisconsultos condenan en términos formales el método de analogía extendido á un *jus singulare* (*d*), y

---

(*a*) Ley 12, de leg. (I, 3): «.... ad similia procedere.» L. 27, eod· «quæ quandoque similes erunt.» L. 32, pr. eod. «quod proximum et consequens ei est.» L. 2, § 18, C. de vet. j. enucl. (I 17), donde el emperador Adriano dice que el complemento general del edicto debe hacerse «ad ejus regulas, ejusque conjecturas et imitationes.»—Justiniano mismo hablando, § 16, de lo que habria sido *prætermissum* (de los fragmentos de los antiguos jurisconsultos) no habla de este caso, que remite al § 18, entre los nuevos *negotia*. Más adelante se verá cuál fué esta decision.

(*b*) Cf. Gayo, IV, § 10, § 33-38.

(*c*) Ulpiano, XXVIII, § 12, ley 2 de B. P. (XXXVII, I), ley 117 de R. J. (L. 17).

(*d*) Ley 14 de leg. (I, 3): «Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.» L. 162, de R. J. (L. 17): «Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.»

este principio se aplica en varios textos notables, como por ejemplo: el que compra una cosa á un loco cuyo estado mental ignora, tiene la usucapion de ella en virtud de un *jus singulare*; pero no se extienden más allá los efectos de la venta (*a*); el que da en prenda una cosa cuya usucapion habia comenzado, continúa esta usucapion de una manera anormal; pero aquí acaba su privilegio, y todas las ventajas legales de la posesion pertenecen al acreedor (*b*). Cuando, por el contrario, se ve un principio anormal extendido por vía de analogía, esta extension es una consecuencia de la confusion que establecen los jurisconsultos entre la interpretacion pura y la formacion del derecho; confusion que voy á explicar en seguida.

§ XLVII.—*Principios del derecho romano sobre la interpretacion.*

Reconociendo la autoridad de la interpretacion auténtica (*c*) y de la interpretacion usual (*d*), no establece el derecho romano regla alguna particular; saca simplemente la consecuencia de un hecho notorio, á saber: que la ley y la costumbre están en el número de las fuentes del derecho. Trátase de saber ahora qué lugar asigna á la interpretacion llamada doctrinal (§ 32), la sola verdadera sobre cuyo punto nada nos enseña el reconocimiento de las interpretaciones auténtica y usual.

En la exposicion general de mis doctrinas he citado ya las reglas de interpretacion pura que contiene el Digesto, bajo el aspecto de los comentarios y complementos mútuos que recíprocamente se prestan; pero estas reglas tan excelentes en sí mismas como podia esperarse de sus autores, son insuficientes para la interpretacion del derecho justiniáneo, caso que no podia entrar en la prevision de los antiguos jurisconsultos.

(*a*) Ley 2, § 16, pro emptore (XLI, 4).

(*b*) Ley 16, de usurp. (XLI, 3); ley 36 de adq, poss. (XLI, 2). Existen decisiones del mismo género en la ley 23, § I, ley 44, § I de adq. poss. (XLI, 2); ley 43, § 3, de fid. lib. (XL, 5).

(*c*) Ley 12, § I, C. de leg. (I, 14).

(*d*) L. 23, 37, 38, de leg. (I, 3).

Si examinamos el uso que los jurisconsultos romanos hacen de sus propías reglas, notaremos que la práctica no está siempre de acuerdo con la teoría. Frecuentemente traspasan los límites de la interpretacion verdadera y entran en el dominio de la formacion del derecho, de modo que sus interpretaciones extensivas, sacadas del motivo de la ley, corrijen, no la expresion, sino la ley misma, y constituyen verdaderas innovaciones; así tambien aplican el principio de analogía á más de un *jus singulare*, que esto se encnentra en oposicion directa (*a*) con sus doctrinas (§ 46). Esta contradiccion se explica por la posicion de los antiguos jurisconsultos, que tenian en sus manos el desenvolvimiento del derecho de una manera más directa que los jurisconsultos modernos (§ 19), y por esta razon la palabra *interpretatio* no designa simplemente la interpretacion pura, sino la tradicion, es decir, todas las formas del derecho científico (§ 14, 19, 20) con la libertad de accion y el grado de autoridad que la ciencia tenia en la antigua Roma (*b*). Acaso los antiguos jurisconsultos comprendieron que sus funciones no estaban determinadas muy claramente y que podian usurpar los derechos del pretor ó del emperador; al ménos parecen reconocerlo, cuando, más de una vez, dejan indecisa la cuestion de saber si la innovacion debe hacerse inmediatamente por ellos ó con la intervencion de la autoridad pretoriana ó imperial (*c*).

Los jurisconsultos citados tenian no solamente más independencia, sino tambien mayores medios de investigacion que los jurisconsultos modernos. Cerca del orígen de las fuentes

---

(*a*) Así extienden al desposado la prohibicion de enajenar el *fundus dotalis*, ley 4, de fundo dotali (XXIII, 5): á los ciudadanos romanos que se encontraban en país enemigo las formas más libres de los testamentos militares, ley un. de B. P., el text. mil. (XXXV, 13): á la mujer las reglas de competencia concernientes al marido, ley 20, de re jud. (XLII, I). En los tres casos que preceden es un *jus singulare* el que recibe la extension.

(*b*) Sobre el sentido de la palabra *interpretatio*, cf. ley 2, § 5, de O. J. (I, 2), Hugo Rechtsgeschichte, p. 441, 11.ª ed., Puchta, Gewohnheitsrecht, p. 16 y sig.

(*c*) Ley 11, de leg. (I 3): «*aut* interpretatione aut constitutione optimi principis....» Ley 13 eod. «vel interpretatione, *vel certe* jurisdictione suppleri.»

podian saber directamente cómo deberian entenderse una multitud de expresiones poco precisas en sí mismas y el sentido que le daban sus autores (*a*). Bajo todas estas relaciones nuestra posicion es muy diferente de la suya, especialmente cuando se trata de interpretar, no el derecho nacional, sino la legislacion justinianea, de la que nos separa tan inmenso intervalo. Las dificultades son mucho mayores para nosotros; pero en este punto como en los demás, los esfuerzos que ellas exigen no serán infructuosos: nótese que, en cambio de esta desventaja, los límites de la interpretacion son mejor conocidos hoy que entre los romanos, á quienes este conocimiento era ménos necesario.

Bajo los emperadores, las cosas cambiaron insensiblemente de aspecto, y esta modificacion fué, sobre todo, visible á partir desde mediados del siglo III de la Era cristiana. Y, en efecto, el derecho cesó de desenvolverse por los edictos de los magistrados, y la posicion independiente de los jurisconsultos fué incompatible con el acrecentamiento de la autoridad imperial. Por otra parte, la ciencia del derecho depositada en los escritos de los antiguos jurisconsultos casi no tenia representantes vivos. De este modo, la interpretacion venia á caer en manos de los jueces, y no debemos sorprendernos al ver sobre este punto limitada su autoridad por prescripciones enteramente nuevas y arbitrarias, que si bien es verdad completó Justiniano, estaban, sin embargo, de muy antiguo establecidas. Así es, que Constantino ordena (*b*): «*inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere:*» es decir, que cuando el rigor del

---

(*a*) Así, por ejemplo, el pretor habia prometido un interdicto en el caso de una «*operis* novi nuntiatio.» (Ley 20 pr. de O. N. N. XXXIX, I.) Este interdicto solo tenia lugar en el caso de una modificacion hecha en el suelo de un edificio (L. I, § 11. 12, eod).—Por otra parte, el edicto concedia el quod vi aut clam *factum est* (L. I, pr. quod vi XLIII, 24); dicho interdicto se limitaba tambien igualmente á un *opus in solo*, pero comprendia, además de los edificios, los campos, los árboles, etcétera. (Ley 7, § 5, eod.) Estas restricciones y distinciones no eran nominales ni arbitrarias; estaban fundadas en una tradicion establecida segun los casos y las necesidades que el edicto debia satisfacer.

(*b*) Ley 1, C. de leg. (I, 14) ó la ley 3, C. Th. de div. rescr. (I, 2) texto descubierto nuevamente.—Cf. § 36 nota *a*.

derecho tiene necesidad de ser mitigado por la *æquitas*, esta interpretacion solo pertenece al emperador. Aquí, evidentemente, no se trata de la pura interpretacion, sino de una modificacion de la ley, de una conquista de la *æquitas* sobre el dominio del derecho estricto hasta entonces en vigor. El derecho que el pretor ejercia legalmente por medio de su edicto y que los jurisconsultos se atribuian á menudo de hecho, está desde entonces exclusivamente reservado al emperador, cambio muy conforme con la nueva constitucion del Estado. Un decreto de Valentiniano y Marciano establece que el emperador explique y dulcifique el rigor de las leyes; pero este decreto no atribuye al emperador tal derecho de una manera exclusiva y acaso no lleve otro objeto que recomendar el uso, desde largo tiempo adoptado, de las consultas sometidas á su juicio; y por otra parte, su redaccion parece referirse solamente á la benignidad de la ley que constituye más bien una innovacion real que una interpretacion (*a*). Por último, una constitucion remite al emperador todos los casos en que el derecho consuetudinario no estaba aún bien establecido (*b*); pero el texto no precisa si se trata de una interpretacion fundada en la costumbre ó de un derecho consuetudinario propiamente dicho.

Las constituciones de Justiniano son, sobre esta materia, mucho más directas y mucho más imperativas. La primera es del año 529, poco despues de la promulgacion del antiguo Código (*c*), y hé aquí en pocas palabras el resúmen de su pensamiento: «Las antiguas leyes (*d*) producen la duda sobre si la interpretacion de las leyes que emana del emperador

---

(*a*) Ley 9, C. de leg. (I, 24): «.., Si quid vero in üsdem legibus... obscurius fuerit, oportet in Imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostræ humanitati incongruam emendari.» Casi es este el principio de la Nov. Martiani, 4, salvo las últimas palabras, á partir de *duritiamque*.

(*b*) L. 11, C. de leg. (I, 14) de Leon y Zenon.

(*c*) Ley 12, § 1, C. de leg. (I, 14).

(*d*) «In veteribus legibus invenimus dubitatum.» Estas palabras deben referirse á los textos de los antiguos jurisconsultos, acaso escritos bajo los primeros emperadores, cuando la autoridad legislativa de los rescriptos no estaba bien establecida; es decir, antes de Gayo.

tiene fuerza obligatoria. Esta duda sofística, enteramente ridícula, queda disipada por la presente constitucion. Tiene fuerza obligatoria toda interpretacion que emane del emperador, ya sea por rescripto *(sive in precibus)*, ya sea en un juicio *(sive in judiciis)* (*a*), ya sea bajo cualquiera otra forma (por ejemplo, la interpretacion auténtica consignada en una ley). Segun la nueva constitucion del imperio, puesto que el emperador hace solo las leyes, solo debe interpretarlas. ¿Por qué habian de dirijirse al emperador todos los magistrados para conocer el sentido de las leyes, si no fuese el emperador el único hábil para interpretarlas (*b*)? ¿Y quién puede exclarecer las oscuridades de la ley sino el que la ha hecho? Que se disipen en adelante todas las dudas. El emperador es el único juez y el único intérprete. Esto no obstante, el emperador no ataca en nada la autoridad de los antiguos jurisconsultos, establecida por los otros emperadores (*c*).»

Dicha constitucion encierra dos disposiciones enteramente distintas. La primera es la fuerza obligatoria atribuida á las interpretaciones imperiales, cualquiera que sea su forma; la segunda es la prohibicion de toda interpretacion privada. Esta segunda disposicion es únicamente la nueva y la más importante; sin embargo, la primera exije algunas explicaciones. Justiniano no pretende evidentemente introducir un derecho nuevo, sino solo confirmar y poner fuera de duda lo que debia comprenderse por sí mismo; así es que no habla de los efectos de la interpretacion imperial, respecto á lo cual se re-

---

(*a*) Estas palabras pueden recibir una doble interpretacion. *Preces* puede aplicarse á todos los rescriptos; *judicia* á los decretos, y las otras formas serian los edictos y los mandatos. Pero se puede tambien aplicar *preces* á los rescriptos privados, y entonces los *judicia* comprenderian los decretos y los rescriptos; si bien la primera interpretacion me parece más simple y más natural. Por lo demás, el *principium* de la ley solo habla de los decretos, haciéndolos notar mejor de esta manera.

(*b*) «¿Si non a nobis interpretatio mera procedit?»

(*c*) Es decir, que las interpretaciones contenidas en los escritos de Papiniano, etc., continúan teniendo la autoridad legislativa que se les atribuye por la ordenanza de Valentiniano III. En efecto, esta ley no fué abolida hasta cuatro años despues, cuando la promulgacion del Digesto.

mite á los usos establecidos. En consecuencia, la interpretacion contenida en un edicto era obligatoria para todos, de igual manera que las leyes; la contenida en un decreto, si el juicio era definitivo, era igualmente obligatoria para todos y aplicable á todos los casos semejantes, como dice el *principium* del texto; en fin, la interpretacion contenida en una sentencia interlocutoria ó en un rescripto que no era público, solo tenia fuerza de ley en el negocio para que habia sido dado. La constitucion de Justiniano no atribuye, en manera alguna, fuerza de ley general á los rescriptos interpretativos (§ 24), como lo hace el *principium* respecto á los decretos que contienen sentencias definitivas; y si se comparan estas dos partes del texto, la diferencia de su redaccion no deja duda alguna sobre la diferencia de la decision y de sus motivos.

La segunda prescripcion de Justiniano, relativa á la interpretacion, se encuentra en el acta de promulgacion del Digesto del 533, es decir, en la ley 2, § 21, C. de vet. jure enucl. (I, 17); se refiere á la prohibicion de toda composicion literaria (§ 26), y la completa en estos términos: «Los libros, y sobre todo los comentarios sobre las leyes, están prohibidos. Cuando haya duda sobre el sentido de una ley (*a*), los jueces deben someterla á la decision del emperador, que es el solo legislador y el solo intérprete legítimo (*b*).

§ XLVIII.—*Principios del derecho romano sobre la interpretacion.—(Continuacion).*

Estas dos leyes se expresan tan secamente que pueden inducir á no tomarlas al pié de la letra; pero no hay duda posible, en presencia de la tan repetida declaracion, de que la interpretacion de las leyes pertenece exclusivamente al empe-

---

(*a*) «Si quid vero... *ambiguum* fuerit visum. etc.» Esto no se aplica solamente á las expresiones dudosas de una ley, porque desde el punto de vista en que Justiniano se coloca, no tiene para él importancia particular, sino tambien á las dificultades de todo género que pueden hacer necesaria la interpretacion. Tal es tambien el sentido de «omnes *ambiguitates judicum*» en la ley 12, § I, cit.

(*b*) «Cui soli concessum est leges *et condere et interpretari*.»

rador, á consecuencia, principalmente del paralelo, constantemente reproducido entre la legislacion y su inteligencia de cuya identidad, una vez restablecida, resultaba que si el emperador era el solo legislador, debia ser tambien el único intérprete. Era esta tambien una consecuencia enteramente natural de la prohibicion de la ciencia para lo futuro (§ 26). Es verdad que dicha prohibicion no era incompatible con la interpretacion libre del juez; pero Justiniano no lo entendia así, pues su segunda disposicion impone á los jueces la obligacion absoluta de recurrir al emperador siempre que tengan alguna duda sobre el sentido de la ley, y aquí tambien Justiniano estaba de acuerdo consigo mismo: todo el que estuviera en contacto con el derecho, profesor ó juez, debia abdicar la libertad de su inteligencia y limitarse á operaciones puramente mecánicas, pues las prescripciones del emperador están evidentemente dictadas con el mismo espíritu.

Acaso aparezca contradictorio que Justiniano ordene conciliar los textos *subtili animo* (§ 44); pero en este caso él manda buscar en la ley la palabra oculta que explique la diferencia de los casos; lo que recomienda no es una interpretacion inteligente, sino un trabajo mecánico. Acaso tambien se pregunte por qué razon contiene el Digesto tantas reglas de interpretacion que suponen la independencia del intérprete, si el juez no habia de servirse de ellas; pero el Digesto contiene de igual modo reglas sobre la redaccion de las leyes (*a*), y no se pretenderá que Justiniano haya querido dar á nadie participacion en el poder legislativo. Estas reglas mostraban los principios seguidos por el emperador en la confeccion y en la interpretacion de las leyes; ellas servian de guia á los que encargaba él este trabajo, y nada hay en ello de contradictorio.

Los autores modernos se han esforzado en dulcificar las prescripciones de Justiniano. En tal sentido han dicho que el emperador autorizaba la interpretacion verdadera fundada en las reglas de la exégesis y que la interpretacion imperial estaba reservada en los casos difíciles para esas leyes ininteligibles, de cuya exégesis no se saca partido alguno (*b*).

(*a*) Ley 3-8, de leg. (I, 3), ley 2, de const. prince (I, 4).

(*b*) Thibaut. Logische Auslegung, págs. 25-47-112. Hufeland, Geist des Römischen Recht, (Espíritu del D.° R.°) I, p. 121. Mühlenbruch, I, § 45.

No creo, primeramente, que exista uu género de casos desesperados en absoluto, y además, parecido lenguaje se comprenderia difícilmente en boca de Justiniano. Lleno de confianza en sí mismo y en los brillantes destinos reservados á su obra, proclama altamente que su legislacion no tiene antínomias, género de imperfeccion que podia escapar fácilmente á la atencion más escrupulosa! ¡y habia de reconocer que estas recopilaciones tan acabadas contuvieran leyes del todo ininteligibles, es decir, leyes detestables ¡Y estos casos le habrian parecido bastante numerosos é importantes para necesitar dos leyes con cuatro años de intervalo! Todas las consideraciones generales rechazan este sistema, y los argumentos especiales que le sirven de apoyo son de una extremada debilidad.

Las palabras de la ley 9, C. de leg: «Si quid... *obscurius* fuerit,» se aplican, se dice, á una oscuridad impenetrable; sin embargo, no puede admitirse semejante interpretacion porque las citadas palabras no se encuentran en una de las dos leyes de Justiniano que son objeto de esta pretendida explicacion, y además porque el comparativo *obscurius*, tomado de una manera absoluta, atenúa la fuerza de la expresion, y quiere decir: un poco oscuro, no enteramente claro. La primera disposicion legal de Justiniano sobre este punto establece que el emperador debe «legum ænigmata solvere,» es decir, explicar los textos inexplicables; pero la palabra enigma no expresa la idea de una dificultad insoluble porque los enigmas se hacen ordinariamente para ser adivinados, y en efecto, otros textos de Justiniano nos muestran que en su estilo un poco enfático, *ænigma* significa una dificultad en general, no una dificultad insuperable (*a*). De esta manera

—Hufeland añade que esta interpretacion solo se aplica á la ley 2, § 21 cit. A propósito de la ley 12, § I, cit., dice, p. 46-51, que la interpretacion existe solo en el caso en que el emperador mismo ha interpretado ya. Esta restriccion, de la que la ley no ofrece menor indicio, está refutada además por la argumentacion misma de Justiniano: «¿Por qué consultar si no fuese el emperador el único que debia interpretar?» Y es indudable que el emperador no habia interpretado todavía en el momento en que se le consultaba.

(*a*) En la ley un. C. de nudo j. quir. (VII, 25), se lee: «Nec *jure Quiritium* nomen quod nihil ab ænigmate discrepat.» Conocemos el senti-

caen por su base los argumentos alegados á favor del sistema que combato, y el célebre autor que lo adopta no ha debido recurrir á él sino como remedio extremo para un caso de necesidad absoluta. En el párrafo siguiente examinaré esta dificultad y los medios de sustraerse á ella.

Una vez fijado el sentido de las prescripciones de Justiniano, réstame hablar de su aplicacion real y de sus resultados prácticos. Toda incertidumbre sobre el sentido de una ley era evidentemente deferida al emperador, el cual resolvia, no por una interpretacion auténtica consignada en un edicto, sino por medio de rescriptos que solo tenian fuerza obligatoria en el caso especial para que habian sido dados; y este estado de cosas parece haberse mantenido constantemente, porque ocho años despues de la promulgacion del Digesto, cuando por la Novela 113 se prohibieron los rescriptos privados (§ 24), Justiniano dice expresamente que las consultas y los rescriptos sobre la interpretacion de las leyes continuaran como anteriormente. Más tarde, en 544, la Novela 125 prohibió las consultas (§ 24), sin añadir, es verdad, la restriccion de la Novela 113; pero esta restriccion subsistia, pues no puede creerse que Justiniano, despues de haber proscrito solemnemente, y en diversos lugares, la interpretacion privada, la hubiesen restablecido de una manera indirecta y subrecticia. La Novela 125 indudablemente solo trata de las consultas que se sustraian á la jurisdiccion ordinaria para someterlas al emperador, constituido entonces como juez, de igual suerte que en nuestros dias se someten en Alemania á las facultades de derecho; pero esto en nada se referia á las solicitudes de interpretacion.

---

do de estas expresiones técnicas por Ulpiano, y mucho mejor desde el descubrimiento del manuscrito de Gayo. En tiempo de Justiniano, en el cual existian tantas *institutiones* completas, etc., la dificultad debia ser mucho menor. De igual manera la ley I, § 13, C. de vet. j. enucl. (I, 17), prohibe *siglorum compendiosa œmigmata*. Sin embargo, se podia aprender en todos los copistas la significacion de los siglos, signos, abreviaturas para escribir (N. t.), y aún habia entonces obras en que los siglos estaban explicados como la de Valerio Probo.—En estos dos textos la palabra ænigma no designa, por consiguiente, una cosa inaccesible á la inteligencia, sino una cosa que es preciso aprender, y que no se conoce por la práctica diaria, y sí en virtud de algun esfuerzo.

Si sobre este punto no es dudosa la legislacion, su aplicacion ofrece, por el contrario, tales dificultades, que hubiera debido dar por resultado multiplicar las demandas de interpretacion, hasta el punto de hacer imposible al emperador el despacho de todo otro negocio. Y no juzguemos de estas dificultades por lo que sucede en los tiempos modernos, en que un juez medianamente instruido aplica sin dificultad la legislacion justinianea, pues actualmente el juez puede siempre recurrir á los extractos de un curso ó á un manual elemental que reasuma, bajo la forma más apropiada, los trabajos y las tradiciones de siete siglos. Pero descartemos por un momento estos trabajos y estas tradiciones, y figurémonos á un juez ignorante, como en general debian serlo, sin más auxilio que sus propias fuerzas, en presencia del cuerpo del derecho, y reducido á la ciencia que Justiniano habia formulado: este juez, si tenia conciencia de su mision, se veria siempre obligado á recurrir al legislador, el cual, en un Estado de tan extensos dominios, habria de limitarse únicamente al trabajo necesario para tener al corriente la administracion de justicia. Sin embargo, las prescripciones de Justiniano no produjeron este resultado: á haber sucedido así, advertido por la experiencia, no las hubiese renovado (*a*) ocho años despues de la promulgacion del Digesto. Para comprender un hecho tan extraordinario es preciso recurrir al principio de que causas enteramente contrarias suelen producir á menudo los mismos efectos: un juez hábil é instruido á quien la interpretacion se permite, no experimenta la necesidad de consultar al legislador: los jueces á quienes Justiniano prohibia la interpretacion, tenian en su abono, para salir del apuro, la apatía y la arbitrariedad, y no solicitaban más de las que él podia expedir.

§ XLIX.—*Valor práctico de los principios del derecho romano sobre la interpretacion.*

Despues de haber expuesto las reglas del derecho romano sobre la interpretacion (§ 47, 48), es preciso examinar la autoridad de estas reglas en los países rejidos por el derecho

(*a*) Nov. 113, C. I, pr. del año 541.

romano. Esta cuestion tiene analogía con la tratada más arriba sobre las fuentes (§ 27), pero no son idénticas: allí se trataba de la formacion del derecho, lo cual entra en el dominio del derecho público; aquí se trata de su aplicacion en las relaciones de los ciudadanos, y en este punto ocurre preguntar: ¿por qué no rije el derecho romano en dicha materia como en las demás del derecho privado?.

Desde luego seria necesario excluir una constitucion de Justiniano, á saber, la ley 3, C. de vet. jure enucleando, como texto restituido (§ 17), exclusion que, por lo demás, no tiene importancia, una vez que este texto es la traduccion griega del que le precede (L, 2, eod.), y no contiene ninguna disposicion nueva.

Una parte de los textos que se acostumbra tambien excluir, debe ser evidentemente admitida, esto es, aquellos en que Justiniano se explica sobre el carácter de sus recopilaciones y sobre la naturaleza de sus elementos constitutivos, pues cuando dice, por ejemplo, que los fragmentos de los jürisconsultos, insertados en el Digesto, y los rescriptos insertados en el Código, no deben ser considerados como instrucciones doctrinales, sino como leyes verdaderas que emanan de su autoridad, esto, más que á las reglas de interpretacion, pertenece al acta de promulgacion de las recopilaciones, puesto que el emperador no nos dice lo que tenemos que hacer, sino que declara lo que él mismo ha hecho. Tambien se podria, aunque por diferente camino, atribuir este carácter á las reglas de interpretacion propiamente dichas, cuyo verdadero sentido es el siguiente: «Todos los fragmentos del Digesto y del Código deben ser entendidos segun estas reglas de interpretacion, una vez que han sido insertados en la suposicion de las mismas reglas; y las leyes que promulgue en adelante y todas las de mis sucesores, no habrán de entenderse de otra manera, porque los emperadores sucesivos ajustarán su conducta, en el ejercicio de su potestad legislativa, á estos mismos principios.» En su vista, tendríamos como resultado que las reglas de interpretacion serian, en algun modo, la interpretacion auténtica de cada texto, lo cual nos llevaria, sin duda alguna, á las conclusiones siguientes: las reglas de derecho romano sobre la interpretacion tienen fuerza obligatoria respecto de las recopilaciones de Justiniano, respecto de las Novelas y áun respecto de las leyes pos-

teriores de los emperadores griegos si hubiesen sido adoptadas por nosotros; pero tales reglas no son aplicables al derecho canónico, ni á las leyes imperiales, ni á las diversas leyes provinciales, porque Justiniano no podia, en virtud de un fideicomiso legislativo perpetuado indefinidamente, regular la forma en que los papas, los emperadores de Alemania y los príncipes alemanes habian de ejercer el poder legislativo (*a*).

Consideradas bajo este punto de vista general y exterior las reglas del derecho romano, tocantes al punto que nos ocupa, tendrian una gran parte de autoridad, pues se aplicarian á la legislacion justinianea, que constituye el objeto más importante; pero si se examinan dichas reglas detenidamente, llegaremos á la conviccion de que ni aun para la legislacion justinianea tienen hoy fuerza obligatoria. La más esencial de ellas es, seguramente, la que se contiene en las dos ordenanzas de Justiniano (§ 47, 48), que establecen la única manera de interpretar, ó mejor prohiben la interpretacion: ahora bien; esta regla fundamental no puede ser aceptable como ley por las razones siguientes:

Primera. La citada regla se encuentra estrechamente ligada con la prohibicion de los comentarios (§ 26) en virtud de un lazo que resulta, no solo del espíritu y del fin de estas prescripciones, sino tambien de su forma misma, pues en la segunda ordenanza se suceden ambas inmediatamente, y la una aparece como consecuencia y determinacion de la otra; luego si hoy no rije la prohibicion de las obras científicas (§ 27), tampoco debe rejir para la interpretacion; aceptarla respecto de esta última, aislada y separadamente de su conjunto primitivo, no seria seguir la legislacion justinianea, sino inventar una regla arbitraria que no tendria de comun con esta legislacion otra cosa que la letra.

(*a*) El caso contrario hará más evidente lo expuesto. El rey Federico Guillermo II ha insertado en el Código prusiano las reglas de interpretacion que rijen para dicho Código y para todas las leyes futuras de este rey y de sus sucesores; y estas leyes obligan al mismo poder legislativo en tanto que no sean abolidas. Aquí se reproduce nuevamente la distincion que existe entre el derecho público y el derecho privado.

Segunda. La aplicacion de estas leyes es, no solamente difícil para nosotros, sino enteramente imposible. En efecto, Justiniano sustituyó la interpretacion del juez por los rescriptos imperiales; pero como no existe semejante institucion en ninguno de los Estados de Europa, la interpretacion auténtica ordenada por la ley no podria tener lugar (*a*); ningun juez ni tribunal tiene facultades para esta interpretacion legal, ni aunque la tuviera, podria suspender su decision hasta obtenerla, y, además, tampoco seria esta la interpretacion ordenada por Justiniano, sino otra cosa enteramente nueva. Téngase en cuenta que la interpretacion imperial no puede compararse con las instrucciones que en algunos países expide una comision legislativa ó el ministro de Justicia (*b*), porque los datos históricos que tenemos sobre el carácter de Justiniano nos enseñan que tomaba muy en sério su accion personal exclusiva sobre la interpretacion de las leyes.

En vista de todo, si reconocemos la necesidad de sustituir con otra cosa las prescripciones reales de Justiniano, ¿por qué detenerse en este camino y no conceder á la interpretacion su natural independencia?

El sentimiento imperioso de esta necesidad ha hecho imaginar, para explicarse las ordenanzas de Justiniano, un sistema trabajosamente elaborado (§ 48) al cual no teníamos precision de recurrir, ni hacia falta alguna. Vale más reconocer que Justiniano prohibió la interpretacion privada y que el derecho consuetudinario general ha derogado esta prohibicion (*c*), porque al menos se emprenderia la obra de buscar

---

(*a*) Thibaut, Abhandlungen, p. 102. Véase respecto á la opinion contraria, Löhr Magazin, III, p. 102, quien se admira sin razon de que la interpretacion auténtica tenga efecto retroactivo, asunto de que he de ocuparme pronto. Se puede ver la Novela 143 pr.

(*b*) En Prusia existió una comision legislativa investida del derecho de interpretacion obligatoria; más tarde fué abolida esta comision. Cf. § 51, nota *a*. Adviértase que trato aquí de los países de derecho comun.

(*c*) Casi en este sentido entiende Zachariæ la cuestion *Hermeneutik*, p. 164; pero añade equivocadamente que el derecho romano ofrece dudas sobre este punto, que ciertos textos admiten la interpretacion y otros la rechazan, y que la práctica moderna ha resuelto la duda en favor de la interpretacion.

en la historia del derecho un ejemplo de una costumbre tan general y tan incontestable como este de la interpretacion privada, desde Irnerio hasta nuestros dias; pero, en mi sentir, no hay necesidad de admitir una costumbre derogadora, pues considero las opiniones del derecho romano sobre esta materia como inaplicables en sí mismas. La imposibilidad de su aplicacion es el mejor de los argumentos: Justiniano mismo referia la prohibicion de la interpretacion á una institucion política, la de los rescriptos imperiales, enteramente abolida en la actualidad; forma, por tanto, parte del derecho público, y, por lo mismo, no puede invocarse conforme á los principios generales sobre la distincion del derecho público y del derecho privado (§ I, 17).

Comparada mi doctrina con el sistema de explicacion forzada que he combatido, ofrece precisamente los mismos resultados: allí se reconoce fuerza obligatoria á las ordenanzas de Justiniano, pero se las restrinje al caso puramente imaginario de las leyes ininteligibles; aquí se admite el sentido completo de las ordenanzas, pero se niega formalmente su aplicacion al derecho actual.

Nótese que ahora trato solamente de la prohibicion de la interpretacion privada. En cuanto á las reglas contenidas en el Digesto relativas á la interpretacion en sí misma, bien podian ser recibidas como leyes; sin embargo, creo más consecuente rehusarles esta autoridad, colocando en la misma línea todas las prescripciones del derecho romano tocantes á la interpretacion y considerarlas abrogadas, pues semejantes distinciones constituyen siempre un término medio que, en realidad, cambia lo que parece conservar; y, sobre todo, ¿cómo saber las reglas que Justiniano hubiera juzgado conveniente establecer si hubiese admitido el principio de la interpretacion privada? Por lo demás, la cuestion no tiene importancia práctica, porque el Digesto no contiene sobre la interpretacion regla alguna contraria á los principios generales hoy adoptados. Esta circunstancia mantiene tambien la autoridad moral de dichas reglas, y nos permite consultarlas como medio de instruirnos; sentido en el cual las cito en apoyo de las doctrinas que he tratado de establecer.

§ L.—*Opinion de los autores modernos sobre la interpretacion (a).*

En la exposicion que precede han salido frecuentemente al paso las contrarias opiniones sostenidas por los autores modernos; terminaré, pues, reasumiendo estas opiniones, referentes á diferentes puntos capitales de la materia que nos ocupa.

Desde luego se presenta la definicion generalmente admitida de la interpretacion como explicacion de las leyes oscuras (*b*). Y admitir una imperfeccion accidental de las leyes como condicion necesaria para la interpretacion, es considerarla como remedio de un mal, remedio cuya necesidad debe disminuir á medida que las leyes se vayan perfeccionando (*c*). Y ciertamente que nadie desconoce que para las leyes oscuras es la interpretacion más importante y necesaria; en esta materia es donde el talento del intérprete brilla en todo su explendor, y es tambien verdad que la mayor parte de las reglas precedentemente expuestas se refieren á los defectos de las leyes (§ 35 y sig.); sin embargo, dos motivos me impulsan á rechazar esta definicion, como estrecha y perjudicial al conjunto de la materia. Es el primero la consideracion de que es imposible el estudio profundo y completo del estado de enfermedad, á menos que se tome por base el estado de

---

(*a*) Hé aquí los autores que han producido los más ricos materiales de la obra, ó que pueden ser considerados como los representantes de las opiniones más generalmente admitidas: Chr. H. Eckhard, Hermeneutica juris, ed. C. W. Walch. Lips., 1802, 8.—Thibaut, Theorie der logischen Auslegung. des R. R. 2.ª ed. Altona, 1806, 8.—Mühlenbruch, I, § 53, 67.—Aquí, como en otros lugares, Doneau, I, 13, 14, 15, muestra la originalidad y la independencia de su espíritu.

(*b*) Forster, de j. interpr., I, 1; Hellfeld. § 29; Hofacker, I, § 149, 151 y 152. (Hübner) Beritchtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 173. Hufeland, Lehrbuch des civilrechts, I, § 28.—Los romanos consideraban este punto de otra manera, ley I, § 11, de inspic. ventre (XXV, 4): «Quamvis sit manifestissimum Edictum Prætoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.»

(*c*) Zachariæ lo entiende literalmente, Hermeneutik, p. 160.

salud, al cual debe necesariamente referirse toda desviacion anormal. El segundo motivo consiste en que la definicion cercena la parte más noble y fecunda de la interpretacion, lo que consiste en comprender las leyes no defectuosas, y por consiguiente desprovistas de oscuridad en toda la variedad de sus relaciones, en toda la riqueza de sus desenvolvimientos, asunto de una importancia tan capital para el estudio del Digesto. Y si ponemos en relacion la doctrina que restrinje arbitrariamente la interpretacion á las leyes oscuras con la opinion que considera á las leyes muy oscuras como sustraidas por Justiníano al dominio de la interpretacion (§ 48), obtendremos la singular consecuencia de que las leyes no deben ser ni muy oscuras ni muy claras, sino ocupar un lugar intermedio entre la luz y las tinieblas para que el intérprete pueda ocuparse de ellas.

Conviene ahora examinar la definicion con respecto á la division que domina toda esta materia, á saber, la interpretacion gramatical y la interpretacion lógica (*a*). Generalmente no se consideran estas dos clases de interpretacion como necesarias é inseparables, aunque una ú otra predominen segun las circunstancias, conforme se ha expuesto en otro lugar (§ 33), sino como dos métodos opuestos que se excluyen mútuamente. La interpretacion gramatical tiene por objeto el sentido de las palabras, la interpretacion lógica el fin ó el motivo de la ley: la una es la regla, la otra la excepcion. En este paralelo, establecido entre las dos clases de interpretacion, la sola idea claramente expresada, y generalmente admitida, es que la interpretacion lógica se abroga grandes libertades, y que debe ser muy severamente vigilada; por lo demás, bajo el nombre de interpretacion lógica se comprenden las más diversas ideas. De este modo se ha llamado interpretacion lógica á la rectificacion de la frase por el pensamiento de la ley (§ 35 y sig.), y tambien ha significado el complemento de la ley por vía de analogía. Pero si las reglas de interpretacion que acabo de reasumir son exactas y completas, es preciso evidentemente renunciar á una division que, al desarrollarse, oscurece la materia en vez de exclarecerla.

(*a*) Eckhard, § 17, 23; Thibaut, Pandecten, 8.ª ed., § 45, 46, 50, 52; Thibaut, logische Auslegung, § 3, 7, 17, 29

Por último, y este es el punto más importante, se ha comprendido bajo el nombre de interpretacion lógica un procedimiento que conduce á una verdadera modificacion de la ley. Ya he mostrado de qué manera se podria rectificar el pensamiento mismo de la ley por medio de su pensamiento verdadero; aquí se rectifica el pensamiento mismo de la ley tomando por tipo la idea que hubiera debido expresar. En su consecuencia, se refiere la ley á un motivo; y si las deducciones lógicas de este principio, puestas en paralelo con las disposiciones de la ley, son más extensas ó más restrinjidas, se restablece el equilibrio por una nueva especie de interpretacion extensiva ó restrictiva; y en esta operacion no se tiene en cuenta si el legislador ha cometido voluntariamente una inconsecuencia lógica ó si no se ha apercibido de una consecuencia del principio; en lo que toca á este último caso, se supone que si hubiera sido objeto de su atencion, lo habria adoptado infaliblemente. Tal es, al menos, el conjunto de dicho procedimiento. Ciertamente que se le suele modificar diciendo que, en nombre del motivo de la ley, se puede siempre extender sus disposiciones, pero nunca restrinjirlas (*a*); mas esta es una distincion que difícilmente se justificaria.

El intérprete que pretende corregir el pensamiento de la ley, su realidad misma y no su apariencia, se coloca por cima del legislador y desconoce los límites de sus poderes: su obra entonces no es la interpretacion, sino una verdadera formacion del derecho (*b*). Bastaria semejante confusion entre dos cosas esencialmente distintas para rechazar desde luego esta manera de proceder y para prohibirla al juez como incompatible con la naturaleza de sus funciones, si dos motivos, referentes á la esencia misma de este método, no lo condena-

(*a*) Thibaut, Pandecten, § 51, 52. Admite la extension segun los principios y segun la intencion del legislador. Lo que Thibaut llama la intencion del legislador, es lo que yo designo con el nombre de espíritu verdadero de la ley.

(*b*) Esta consideracion conduce á menudo á la doctrina igualmente errónea que afirma estarle prohibida al juez la interpretacion, la cual pertenece al legislador solamente, por más que puede delegar su derecho. Véase § 32, nota *d*.

ren de antemano. En efecto, la incertidumbre que generalmente tenemos sobre el móvil verdadero de la ley, los numerosos errores á que esta incertidumbre nos expone, harian completamente arbitraria la interpretacion é inferirian un mortal ataque al principio saludable de la fijeza de las leyes (*a*) Puede suceder que una multitud de ideas intermedias, distintas del motivo de la ley, hayan determinado al legislador á extender ó á restrinjir el contenido de la misma separándole sin inconsecuencia del método principal; y esta consideracion debe ponernos en guardia contra las apariencias de lógica rigurosa que dicho método presenta (*b*). En el punto en que, á consecuencia de un estudio profundo, no se diera materia para estas dos objeciones capitales, podria recurrirse con provecho á la extension ó restriccion sacada del motivo de la ley, pero no como interpretacion, sino como desenvolvimiento progresivo del derecho; desenvolvimiento que es tambien aplicable al *jus singulare*, si bien respecto de éste no puede el juez proceder por via de analogía (§ 46).

Los autores modernos consideran, sin embargo, tal método más ó menos restrinjido como una verdadera interpretacion permitida á los magistrados, y el motivo de ello consiste en que la asimilan á otros casos semejantes en apariencia y en la mayor latitud que conceden á la independencia del intérprete. Para convencerse de esta asimilacion, bastará recordar lo expuesto sobre la interpretacion extensiva ó restrictiva propiamente dicha, que consiste, no en corregir la ley, sino en restablecer su pensamiento oscurecido por la letra del texto (§ 37), y podré citar, como segundo ejemplo, la interpretacion por vía de analogía (§ 46); pero en estos casos de interpretacion verdadera falta ordinariamente la regla, la cual se suple mediante un desarrollo artificial que se le da á

(*a*) Tal es el verdadero sentido de las leyes 20, 21, de leg. (I, 3): «Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.— Et ideo rationes corum quæ constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur.» *Inquiri non oportet* no significa que se deba prohibir la investigacion del motivo de la ley, sino que esta investigacion no debe conducir á modificarla.

(*b*) Encuéntranse excelentes doctrinas sobre este punto en Stahl. Rechtsphilosophie. II, p. 177.

las fuentes, mientras que, por el contrario, en el caso del método que combatimos, la regla existe y se pretende sustituirla artificialmente por otra ley. Citaré, por último, un caso de que no he hablado todavía: el caso de que un acto viole, no la letra de la ley, sino su espíritu (in fraudem legis).

Es indudable que la ley, en su aplicacion, debe regir para todos los actos que correspondan á la institucion que regula, ora estos actos aparezcan en relacion afirmativa, ora en relacion negativa con la misma ley (*a*); sin embargo, generalmente se cree que en este último caso, cuando la ley aparece violada subrecticiamente, hay necesidad de una interpretacion que la extienda á fin de que pueda comprenderlo. Así, por ejemplo, cuando los intereses usurarios se ocultan bajo la falsa y engañosa forma de un contrato ó de una pena, se supone que el legistador no ha podido prever estos actos fraudulentos, porque sino los hubiera prohibido por una disposicion adicional, y por consiguiente, que solo una interpretacion extensiva puede reparar su falta de prevision. Pero no es esta la realidad de las cosas, pues no se trata aquí de interpretar la ley que aparece clara y suficiente; se trata de apreciar un acto individual (*b*). En efecto, si aplicamos á este acto los principios prohibitivos de la simulacion, trataremos la venta ó la convencion penal aparente como un verdadero contrato usurario, poniendo así, en virtud de nuestro juicio, la letra del acto en relacion con su pensamiento real. En el fondo este procedimiento es el mismo que el seguido en ciertos casos para la interpretacion de las leyes (§ 37); mas

---

(*a*) Ley 29, de leg. (I, 3): «Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet: in fraudem vero qui salvi verbis legis, sententiam ejus circunvenit.» Ley 5, C. de leg. (I, 14): «Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam sæva prærogativa verborum fraudulenter excusat.» Ley 21, de leg. (I, 3), ley 64, § I, de condit. (XXXV, I).

(*b*) Segun la ley 64, § I, de condit. (XXXV, I), «*Legem* enim... adjuvandam *interpretatione*,» se podria creer que los jurisconsultos romanos consideraban este caso como una interpretacion verdadera; pero ellos dan á la palabra *interpretatio* un sentido mucho más extenso y lo aplican á todo procedimiento científico.

empleado para la apreciacion de los actos, ofrece mayor grado de certidumbre, pues en lugar de ir á reconocer en un texto legal la impropiedad de los términos, aquí nos proponemos descubrir una intencion fraudulenta, y las circunstancias ordinariamente se prestan más para éste que para aquel descubrimiento.

Independientemente de estos errores, existe, además otra causa que ha venido á favorecer este método ilegítimo de ininterpretacion, y es á saber, el ejemplo de los jurisconsultos romanos, que, la empleaban sin escrúpulo alguno. Pero este no es un motivo de justificacion, porque la posicion especial de los jurisconsultos romanos les daba una influencia directa en la formacion del derecho, influencia que en los tiempos modernos no ejerce en manera alguna ningun jurisconsulto, ya sea autor ó magistrado (*a*).

§ LI.—*Principios de las legislaciones modernas sobre la interpretacion.*

Los Códigos modernos contienen acerca de la interpretacion menos disposiciones que sobre las fuentes del derecho (§ 31).

El Código francés no habla de ella, pero la obligacion absoluta impuesta al juez de juzgar, á pesar del silencio ó de la oscuridad de la ley y la mision especial del tribunal de casacion, muestran suficientemente el espíritu de su derecho sobre esta materia. Cada juez tiene una libertad completa de interpretacion, y la fijeza y la unidad del derecho están garantidas contra interpretaciones arbitrarias por el tribunal de casacion que, colocado por cima de todas las jurisdicciones, ejerce una sábia y tutelar vigilancia.

La sentencia sometida á su censura ha adquirido entre las partes la autoridad de la cosa juzgada. Se cumpliria enteramente el fin de esta institucion si el tribunal tuviese, al casar una sentencia, el derecho de juzgar por sí mismo el negocio; pero no sucede así: casada la sentencia se remite el proceso á otro tribunal, de modo que pueden darse en la misma causa muchas decisiones erróneas y provocar muchas sentencias

---

(*a*) Cf., § 19-37, nota q.

de casacion. Estas formas complicadas y dispendiosas proceden de que antiguamente la casacion no pertenecia á un cuerpo judicial, sino á un cuerpo administrativo, el consejo del rey, que reprimia las violaciones de la ley sin hacer por sí mismo justicia; pero desde la revolucion no subsiste este motivo; las funciones del tribunal de casacion son puramente judiciales y ofrece las mismas garantías de independencia que el resto de la magistratura. El inconveniente que acabo de señalar quiso remediarse despues; mas las primeras tentativas fueron insuficientes (*a*); no así la última ley dada sobre el asunto que va más derechamente á su objeto, pues establece que los magistrados encargados de un negocío por un segundo decreto de casacion deben conformarse con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*b*).

El Código prusiano ordena á los tribunales interpretar la ley segun sus términos, su conjunto y sus motivos inmediatos y ciertos (*c*). Una ley más importante y análoga á las ordenanzas de Justíniano prescribia á los jueces someter sus dudas á una comision legislativa y cumplir sus decisiones; pero esta ley ha sido abolida, y hoy los jueces interpretan la ley con absoluta independencia; solamente se les encarga que eleven sus dudas al ministro de Justicia con el objeto de tenerlas presentes para la legislacion (*d*). Cuando la ley presenta una laguna, el juez debe resolver segun los principios generales del Código, ó segun las disposiciones que regulan los casos del mismo género; y debe tambien llamar la atencion sobre esta laguna á fin de que el legislador pueda llenar el vacío (*e*). La legislacion francesa en las provincias del Rhin, donde está en vigor, ha sido modificada por la prescripcion, que establece que despues de la casacion de una sentencia juzga

---

(*a*) Ley del 16 de Setiembre de 1807.—Ley del 30 de Julio de 1828.

(*b*) Ley del 1.° de Abril de 1837 (Bulletin des lois, IX série, t. 14, p. 223), art 2.°: «Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale, ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyèe, se conformera á la decision de la cour de cassation, sur le point de droit jugué par cette cour.»

(*c*) Allg. Landrecht Einleitung, § 46.

(*d*) A. L. R. Einl., § 47-48, et Anhang, § 2.

(*e*) A. L. R. Einl., § 49-50.

definitivamente el tribunal de casacion. Para el resto de la Prusia se acaba de introducir el procedimiento de casacion bajo el nombre de demanda de nulidad, en virtud del cual el Tribunal Supremo, encargado de esta funcion (Gheheime Obertribunal), resuelve en definitiva despues de haber anulado el juicio (*a*).

El Código austriaco indica á los jueces como medios de interpretacion el exámen de la ley en su conjunto y la intencion evidente del legislador. Á falta de una ley, el juez debe determinarse segun las leyes relativas á materias semejantes y segun los principios de las leyes análogas, y como último medio, segun los principios generales del derecho. La prohibicion establecida por Justiniano de la interpretacion privada ha cedido su puesto á la disposicion muy racional de que la interpretacion auténtica contenida en una ley es la única obligatoria para todos (*b*).

Por último, si se trata de saber las reglas más apropiadas á las necesidades de la época actual, creo que, en el dominio de la interpretacion verdadera, deberia dejarse al juez una completa independencia, prohibiéndole todo lo que se ha considerado equivocadamente como interpretacion; y como de ordinario los límites entre la interpretacion pura y la formacion del derecho resultan bastante inciertos, deberia existir una autoridad superior cuya accion nó estuviese embarazada por esta distincion; dicha autoridad, especialmente instituida para velar por el progreso del derecho (§ 31), habria de intervenir tambien siempre que se suscitasen dudas sobre la interpretacion de una ley. En defecto de esta autoridad, y aun donde existiera, podria, sin peligro, confiarse la interpretacion trascendental á un cuerpo judicial organizado de una manera semejante al tribunal de casacion de Francia. El tribunal ejerceria sobre la administracion de justicia la influencia saludable que ejercieron en la antigua Roma el pretor y los jurisconsultos, y tendria en su poder esta interpretacion extensiva y restrictiva que he distinguido de la interpretacion verdadera y que excede de los poderes de un juez ordinario.

(*a*) Ordenanza de 14 de Diciembre de 1833, § 17 (Gesetzsammlung, 1833, p. 306).

(*b*) Osterreich. Gesetzbuch. Einl. § 6–8.

LIBRO SEGUNDO.

RELACIONES DE DERECHO.

CAPÍTULO PRIMERO.

DEFINICION DE LAS RELACIONES DE DERECHO Y DE SUS DIFERENTES ESPECIES.

§ LII.—*Definicion de las relaciones de derecho.*

He hablado precedentemente (§ 4, 9) de la naturaleza general de las relaciones de derecho y de qué manera se refieren á la gran division de este en público y privado; voy ahora á ocuparme de desenvolver los caractéres esenciales de dichas relaciones en cuanto pertenecen al derecho privado; y como este derecho es el objeto especial de mi obra, la frase relaciones de derecho significa en ella, sin distincion alguna, las peculiares al derecho privado.

El mundo exterior, esto es, el medio en que el hombre vive, nos solicita bajo muchos aspectos, segun los puntos de contacto que con él tenemos; pero los más importantes son las relaciones que nos ligan con los séres de la misma naturaleza y del mismo destino. Para que los séres

libres, puestos de esta manera en relacion, puedan ayudarse mútuamente y no estorbarse nunca el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separacion determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los indivíduos encuentre seguridad é independencia: ahora bien, la regla que fija estos límites y garantiza esta libertad se llama derecho; y aquí se revela el carácter que relaciona y distingue al derecho de la moral. Sirve el derecho á la moral, no cumpliendo directamente sus preceptos, sino asegurando al indivíduo el ejercicio de su libre arbitrio; el derecho tiene su existencia propia, y aunque en ciertos casos el ejercicio de un derecho particular presenta un carácter de inmoralidad aparente, no implica esto contradiccion alguna.

La realidad y la necesidad del derecho es una consecuencia de la limitacion humana, la cual no es accidental ó histórica, sino inseparable de su condicion en esta tierra.

Muchos autores parten de un punto de vista enteramente inverso para llegar á la idea del derecho, y establecen, como su base fundamental, la idea de la injusticia. Segun ellos, la injusticia es la violacion de la libertad por una libertad extraña, un obstáculo que se opone al desenvolvimiento del hombre, un mal que es necesario remediar y, en su opinion, este mal tiene por remedio el derecho. Para algunos es consecuencia de un acuerdo de las voluntades individuales, que sacrifican una parte de su libertad con el fin de asegurar el resto. Otros lo creen consecuencia de una fuerza exterior, única capaz de sujetar la voluntad del indivíduo, llevada naturalmente al estado de guerra.

Todos estos autores establecen una negacion como base de sus doctrinas, como si la enfermedad pudiera servir de punto de partida para el estudio de las leyes de la vida; para ellos el Estado es una fuerza coercitiva, sin la cual se podria vivir cuando todas las voluntades estuviesen reguladas por la justicia, mientras que, á mi juicio, en este último caso es cuando el Estado brillaria con nuevo explendor, nobleza y poder.

Bajo el punto de vista en que nos hemos colocado, cada relacion de derecho nos aparece como relacion de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada indivíduo un dominio en donde su voluntad reina in-

dependientemente de toda voluntad extraña. En su consecuencia, toda relacion de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relacion misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relacion: el primero puede ser considerado como el elemento material de la relacion de derecho, como un simple hecho; el segundo como el elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho.

Todas las relaciones de hombre á hombre no entran, sin embargo, en el dominio del derecho, porque no todas necesitan, ni tampoco son susceptibles de ser determinadas por una regla de esta clase; y en este punto cabe distinguir tres casos, pues dicha relacion humana puede estar enteramente dominada por las reglas del derecho, ó estarlo solo en parte ó enteramente fuera de ella: la propiedad, el matrimonio y la amistad pueden servir de ejemplo de estos tres diferentes casos.

§ LIII.—*De las diferentes especies de relaciones de derecho.*

Puede definirse la relacion de derecho, diciendo que es el dominio de la voluntad libre (§ 52). Síguese ahora determinar las circunstancias en las cuales la voluntad obra libremente y hasta donde se extiende su imperio, lo cual conduce naturalmente á un resúmen, sumario de las diferentes clases de relaciones de derecho.

La voluntad puede obrar sobre la persona misma del indivíduo; y tambien moverse fuera de su propia persona, es decir, sobre el mundo que le es exterior: tal es la más alta generalizacion de los diferentes modos de accion de la voluntad. En el mundo exterior se comprende la naturaleza no libre, y además voluntades libres como la nuestra, esto es, personas extrañas á nuestra personalidad; y mirada así lógicamente la cuestion, nos encontramos con tres clases de objetos sobre los cuales puede obrar la voluntad humana y que parecen constituir tres géneros principales de relaciones de derecho, á saber: la persona propia, la naturaleza no libre y las personas extrañas. Voy á recorrer sucesivamente, y en detalle, cada una de las tres clases de objetos, comenzando por la persona propia é individual, considerada como susceptible de relaciones especiales de derecho.

Sobre este punto existe una doctrina que se ha extendido considerablemente. El hombre, se dice, tiene sobre su persona un derecho que nace necesariamente con él y se extingue con su vida; este derecho se llama *originario*, por oposicion á los derechos *adquiridos*, los cuales son de naturaleza pasajera y puede el hombre ejercerlos accidentalmente sobre sus semejantes en el curso de su vida. Varios autores han llevado tan lejos esta doctrina, que consideran la direccion de la inteligencia como un derecho de propiedad, del cual hacen derivar lo que se llama la libertad de pensamiento; pero no se comprende como pudiera impedirse al hombre pensar ó se pueda cohibir su pensamiento, violando así, de una ó de otra manera, esta especie de propiedad; y si, para hacer inteligible esta doctrina se dice que el hombre tiene propiedad sobre su sér visible, sobre su cuerpo y sobre sus miembros, podria admitirse una violacion que reprimiese esta teoría, la cual es tan inútil como censurable, porque, entre otras consecuencias, conduce á legitimar el suicidio.

Hay, sin embargo, un elemento verdadero contenido en el falso principio de un derecho originario en el hombre sobre su propia persona. Desde luego no puede desconocerse que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades; y hay más, todo derecho verdadero tiene por base é implica necesariamente este poder: así, por ejemplo, la propiedad y las obligaciones no tienen otro sentido y valor que el de una extension artificial de nuestra fuerza personal; son nuevos órganos que el arte añade á nuestra primitiva naturaleza; pero esta posesion de nosotros mismos no tiene en modo alguno necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo, y confundir este poder natural con sus extensiones artificiales poniéndolas al mismo nivel y tratándolo de igual manera, es un error que no tiene justificacion alguna. Además, aunque muchas instituciones del derecho positivo examinadas en su principio estén, en efecto, destinadas á proteger este poder natural del hombre sobre su propia persona contra las agresiones de sus semejantes, como, por ejemplo, una gran parte del derecho criminal y las numerosas disposiciones del derecho civil dictadas para prevenir la difamacion, el fraude y la violencia, y especialmente las acciones posesorias; aunque cada uno de estos derechos tiene por objeto final la inviolabilidad de la persona, no se les debe consi-

derar como simples consecuencias de esta inviolabilidad, sino como instituciones enteramente positivas, cuyo especial contenido difiere de la sancion de la personalidad; representárselas de otra manera seria oscurecer su verdadero carácter. La enumeracion completa de todas las instituciones que tienen este orígen comun seria poco provechosa é instructiva; basta reconocer el principio general de su analogía (*a*).

Una vez descartados los pretendidos derechos originarios queda restrinjida nuestra indagacion solamente á los derechos verdaderos, es decir, los derechos adquiridos; y en este punto encontramos dos objetos de aplicacion posible para la voluntad humana, que son, la naturaleza no libre y las personas extrañas.

No podemos dominar la naturaleza no libre en su totalidad, sino únicamente en una porcion determinada, separada de su conjunto; esta parte, así eliminada, se llama *cosa*, y aquí comienza la primera clase de derechos, el *derecho á una cosa* que, bajo su forma más pura y más completa, se llama propiedad.

Las relaciones de derecho que tienen por objeto las perso-

(*a*) Donelo, II, 8, § 2-3, admite dos especies de *nostrum: in persona cujusque et in rebus externis*. A la primera refiere: *vita*, *incolumitas corporis*, *libertas existimatio. La incolumitas ánimi* no la coloca bajo la proteccion del derecho porque no tiene necesidad de ello.—Puchta, System des gem. Civilrecht. München. 1832, establece como primera clase de derechos los relativos á la persona en sí misma, esto es, la personalidad y la posesion. Entiende por personalidad la capacidad de derecho y la consideracion, pero la capacidad de derecho es una condicion siempre indispensable que se aplica á la propiedad y á las obligaciones de igual manera que á los derechos de la primera clase, y en cuanto á la posesion, es un elemento general del derecho que no debe ser incluido en ninguna clase particular. Trátase de encontrar en la clasificacion de Puchta el derecho del hombre sobre sus propios miembros; pero este derecho ha sido pasado en silencio, así como muchos otros que sería preciso enumerar, para comprender la relacion íntima que existe entre el lib. 3 y el lib. 5, cap. 25, núm. VI. De lo dicho, resulta cuán arbitraria es la composicion de la primera clase derechos, que no parece inventada sino para hacer un lugar conveniente á la posesion.—Hegel, Naturecht, § 70, no admite este derecho de la persona sobre sí misma, y prueba que tendria por consecuencia inevitable la legitimacion del suicidio.

nas extrañas no son tan simples, porque estas personas nos aparecen bajo dos aspectos enteramente diversos. Así una persona extraña puede estar, de igual modo que una cosa, sujeta al dominio de nuestra voluntad y sometida á nuestro poder; si este dominio es absoluto, la persona extraña pierde su carácter de libertad y de personalidad, de manera que realmente no ejercemos dominio sobre una persona, sino sobre una cosa. Nuestro derecho es la propiedad sobre un hombre, y tal era en realidad la esclavitud entre los romanos; pero si queremos representarnos una relacion de derecho que establezca nuestro dominio sobre una persona sin destruir su libertad, un derecho que se parezca á la propiedad, y que, sin embargo, se distinga de ella, es preciso que este dominio no abrace la totalidad de la persona, sino solamente uno de sus actos, en cuyo caso dicho acto, sustraido al libre arbítrio de esta persona se somete al imperio de nuestra voluntad; ahora bien, las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado de otra persona se llaman *obligacion*.

La obligacion y la propiedad tienen ambas una naturaleza idéntica en cuanto extienden el imperio de nuestra voluntad sobre una parte del mundo exterior, pero se asimilan además bajo otros puntos de vista, pues primeramente, el objeto de la obligacion puede consistir en una suma de dinero, es decir, en trasferir la propiedad de esta suma, y en segundo lugar, la mayor parte de las obligaciones, y las más importantes, tienen por fin una adquisicion definitiva ó un goce temporal de la propiedad; de manera que una y otra especie de derecho, la propiedad y la obligacion, extienden, respecto del adquirente ó del estipulante, el poder del hombre sobre el mundo exterior más allá de los límites naturales de su ser. El conjunto de relaciones que obran de tal manera sobre el poder de un indivíduo se denomina sus *bienes*, y la reunion de instituciones que regulan estas relaciones se llama *derecho de bienes* (*a*).

(*a*) La palabra alemana que designa los *bienes* (Vermögen) es muy precisa, porque responde á la esencia misma de la idea, esto es, la extension del poder que adquirimos por estos derechos, ó lo que es lo mismo, lo que estos derechos nos permiten hacer. La palabra latina

He considerado hasta aquí las personas aisladamente, de modo que en sus relaciones cada una constituye, por su propia personalidad, un sér enteramente distinto del otro, aunque de la misma naturaleza; mas en la segunda clase de relaciones de derecho nos aparece el hombre bajo un aspecto muy diferente, pues no figura como un ser aislado, sino como miembro del todo orgánico que compone la humanidad, con la cual se relaciona por medio de indivíduos determinados; y precisamente su posicion respecto de estos indivíduos constituyen la base de otra especie particular y enteramente nueva de relaciones de derecho. Y á diferencia de lo que con las obligaciones pasa, estas relaciones nos muestran al hombre, no como existente por sí mismo, sino como un sér defectuoso que tiene necesidad de completarse en el seno de su organismo general.

Dichas limitaciones y el complemento que ellas exijen se nos revelan bajo dos fases principales: por un lado, la diferencia de los sexos hace que el indivíduo represente la humanidad de una manera imperfecta, y de aquí la necesidad de completarla por medio del matrimonio (*a*); por otro lado, la existencia del indivíduo está limitada por el tiempo, lo cual exije, y engendra en efecto, una multitud de relaciones supletorias, y de este modo la vida temporal del hombre se completa por la reproduccion que no solamente perpetúa la especie, sino tambien, y hasta cierto punto, el indivíduo; y así, puesto que la organizacion particular del hombre no le permite en el principio de su vida la direccion de su fuerza, facultad que no adquiere sino gradualmente, viene tambien la educacion á reparar este defecto. La institucion en que el derecho romano hace constar esta doble limitacion y regula su complemento, *es el poder paterno*, al cual se refiere el *pa-*

bona, que ha pasado á muchas lenguas modernas derivadas de la lengua dicha, es ménos precisa porque expresa una idea accesoria, á saber: el bienestar material que resulta de este poder y los beneficios que nos garantiza.

(*a*) Fichte, Sittenlehre, pág. 449, expresa enérgicamente este pensamiento: «El matrimonio es una ley imperiosa para todo indivíduo de cada sexo... El hombre no casado solo es hombre en la mitad.»

rentesco, en virtud de analogías ya naturales, ya jurídicas (*a*). Ahora bien, el conjunto de estas relaciones supletorias, el matrimonio, el poder paterno y el parentesco se llama *familia*, y las instituciones que la regulan *derecho de familia.*

Como las relaciones de familia, de igual modo que las obligaciones, existen entre indivíduos determinados, se inclinan muchos á identificarlas, colocando á la familia entre las obligaciones, ó al menos á considerarlas como análogas, con el fin de oponerlas á la propiedad que, respecto á los indivíduos, no tiene este carácter de particularidad. Y hay muchos que adoptan este punto de vista sin abrazarlo enteramente, ó al menos sin darse cuenta de ello. Debe, sin embargo, ser rechazado é importa probar su falsedad si hemos de tener una idea exacta de la familia, y á este propósito voy á señalar varias diferencias que separen profundamente á ambas instituciones, limitándome á las que pueden ser comprendidas desde luego y reservándome para el lugar oportu-

---

(*a*) Como desenvolvimiento jurídico citaré la agnacion que no es más que el *residuum*, la consecuencia del poder paterno; como analogía natural citaré la cognacion, por la cual el *jus gentium* reconocia una comunidad entre los indivíduos ligados por la misma sangre.

Debo hacer observar que esta denominacion no está tomada del derecho romano. La palabra *familia* tenia entre los romanos varias significaciones. Tomada en su acepcion técnica, y la más importante, designa el conjunto de los indivíduos reunidos por la agnacion, y por consiguiente una sola parte de las relaciones que comprendo bajo la palabra familia. Pero si esta expresion no está conforme con la fraseología del derecho romano, responde sin embargo perfectamente á las ideas y á los principios de los jurisconsultos romanos sobre la materia, principalmente cuando se trata de lo que ellos llaman *jus naturale*. Ulpiano se expresa de este modo en la L. I, § 3, de J. et J: «Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit... hinc descendit maris acque fæmina conjunctio, quam nos matrimoniun appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio.» (Véase el apérdice núm. I.) Es verdad que los antiguos jurisconsultos, como Gayo, por ejemplo, cuando tratan de estas diversas instituciones, las consideran bajo el punto de vista histórico; pero esto no contradice en modo alguno el principio de su armonía natural, reconocido aquí por Ulpiano. Mi frasoología está conforme con el lenguaje de los tiempos modernos, y es en el fondo la que corresponde al estado actual del derecho.

no (§ 54) dar á conocer detenidamente el carácter exclusivo y especial de la familia.

Las obligaciones tienen por objeto un acto individual, y las relaciones de familia abrazan la persona entera del indivíduo, como miembro de la humanidad; la materia de la obligacion es, por su naturaleza, arbitraria, pues que puede dar lugar á ella cualquier acto humano, mientras que la materia de las relaciones familiares se funda en la naturaleza orgánica del hombre y lleva el sello de la necesidad; la obligacion es ordinariamente temporal, y las relaciones de familia persisten siempre, y vistas en su conjunto, forman una comunidad bajo el mismo nombre del principio que las reune, la familia. Contienen éstas el gérmen del Estado, el cual tiene por elementos constitutivos la familia y no los indivíduos. Por otra parte, la obligacion guarda una mayor analogía con la propiedad, porque los bienes contenidos en estas dos clases de relaciones extienden el poder del indivíduo más allá de los límites naturales de su persona, mientras que las relaciones de familia están destinadas á completar el indivíduo. Por último, el derecho de familia toca más de cerca que el derecho de bienes á los derechos llamados originales, y como estos últimos se hallan excluidos del dominio del derecho positivo, hemos de reconocer que la familia solo en parte corresponde á este derecho, así como, por el contrario, los bienes entran exclusivamente bajo su dominio.

Si dirijimos ahora nuestras miradas hácia el punto de partida de esta indagacion, encontramos tres objetos susceptibles de ser materia de nuestra voluntad, á cuyos tres objetos corresponden tres esferas concéntricas en donde la voluntad puede ejercitar su accion:

1.° El *yo* al cual pertenece el derecho original que existe fuera del dominio del derecho positivo.

2.° El *yo* hecho más extenso por la familia. Aquí el imperio de nuestra voluntad solo entra en parte bajo el dominio del derecho, en donde forma el derecho de la familia.

3.° El mundo exterior. Aquí la voluntad está exclusivamente regulada por el derecho positivo en donde forma el derecho de bienes, que se subdivide en derecho de las cosas y derecho de las obligaciones.

Debemos, por consiguiente, reconocer tres clases principales de derecho: primero, derecho de familia; segun-

do, derecho de las cosas; tercero, derecho de obligaciones.

Pero si la abstraccion separa rigurosamente estas tres clases de derechos, en la realidad viva se tocan en diferentes puntos, y estos contactos perpétuos engendran necesariamente una multitud de modificaciones y de acciones recíprocas, por lo cual, antes de comenzar el estudio de las instituciones particulares que componen dichas tres grandes clases, debemos tratar de estas modificaciones y dirijir una ojeada general sobre el desenvolvimiento dado á estas diversas instituciones por el derecho positivo.

§ LIV.—*Derecho de familia.*

La familia que paso á examinar en sus detalles ha sido definida más arriba (§ 53); sus partes constitutivas son el matrimonio, el poder paterno y el parentesco. La materia de cada una de estas relaciones es un lazo natural que, como tal, está por cima de la humanidad misma (jus naturale). Por esta razon tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo, cualquiera que sea la forma bajo la cual nos aparezcan y cualquiera que sea la variedad de formas que revistan entre los diferentes pueblos (*a*). Esta relacion natural es á la vez, y necesariamente para el hombre, una relacion moral, y cuando viene, por último, á unírsele la for-

(*a*) La monogamia, por ejemplo, es de derecho positivo, mientras que el matrimonio, cualquiera que sea su forma, nos aparece como una necesidad de nuestra naturaleza. Es preciso tener en cuenta que la adopcion de la monogamia ó de la poligamia no está determinada por circunstancias accidentales; así, la poligamia responde á un desenvolvimiento imperfecto de la moral.—La necesidad del matrimonio en general, no de la monogamia, ha sido combatida algunas veces. (Véase, por ejemplo, Hugo Naturrecht, § 210, 214), y de hecho la abstraccion puede descomponer é imaginar otro estado que lo reemplace; por ejemplo, la promiscuidad de los sexos ó una propagacion de la especie regulada por el Estado; pero el buen sentido de todos los pueblos, en todas las épocas y en todos los grados de civilizacion confirmaria el principio del matrimonio, si ya el cristianismo no le hubiese dado su sancion más alta. El poder paterno que resulta de la adopcion es todavía un ejemplo del desenvolvimiento artificial de las instituciones familiares por el derecho positivo. La prohibicion del matrimonio entre los próximos parientes está fundada en un sentimiento moral comun á todos los tiempos; pero los límites de esta prohibicion son del derecho

ma jurídica, reune la familia tres elementos inseparables, á saber: el elemento natural, el moral y el legal (*a*). De aquí resulta que las relaciones de familia solo bajo un aspecto pertenecen al derecho positivo (§ 53); y aun puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la más importante pertenece á un dominio muy distinto del jurídico.

Al asignar á la familia, independientemente del elemento moral y legal, un elemento natural, no quiero decir que este último se encuentre al mismo nivel que los otros y pueda reinar solo y por sí mismo. El animal tiene necesidades que responden al fin general de la naturaleza, y estas necesidades y este fin existen para el hombre como para los irracionales; pero respecto al hombre, la ley moral superior que debe penetrar y dirijir su vida, dominan tambien estas necesidades, no para anular el elemento natural, sino para ennoblecerlo y elevarlo á la altura de los otros elementos constitutivos del hombre. Yerra Kant evidentemente cuando considera el elemento natural, el amor físico, como el único objeto de una relacion de derecho en el matrimonio, lo cual es desconocer y rebajar la dignidad de esta union (*b*).

Podria creerse que el contenido especial de las relaciones de derecho pertenecientes á la familia es un derecho semejante al que se ejerce sobre cualquier persona sometida á nuestra voluntad, salvo que esta sumision, como limitada y no total, afecta solamente las relaciones de familia (*c*); y esta opinion parece confirmada por los principios del derecho romano sobre esta materia que, en su mayor parte, tienen por base la autoridad absoluta del padre. Pero ni áun colocándose

---

positivo. Por último, añado, que la forma bajo la cual se expresan estas relaciones por el derecho positivo de cada pueblo, tiene siempre el carácter de un derecho absoluto (§ 16), porque se refiere á las ideas morales de la nacion.

(*a*) Este triple carácter de las relaciones de familia, relativamente al matrimonio, está perfectamente expresado por Hegel, Naturrecht, § 161: «El matrimonio es el amor moral, sancionado por la ley.» Debe añadirse el amor de los sexos, lo cual, por lo demás, estaba evidentemente en el pensamiento del autor.

(*b*) Véase más adelante, § 141, n. *d*.

(*c*) Así es como la representa Puchta, Rhein, Museum, tom. III, pág. 301 y 302.

en este punto de vista puramente romano es admisible semejante opinion, porque si bien es verdad que entre los romanos el padre de familia tenia sobre sus hijos un poder absoluto, poder que en los tiempos antiguos apenas se distingue de la propiedad, tambien hay que advertir que este poder no es el contenido propiamente dicho de la relacion de derecho, sino el carácter natural del poder paterno que el padre ejerce de igual manera que el dominio sobre su esclavo, su casa ó su caballo. No existe ley que ordene al hijo la obediencia, ni que dé accion al padre contra la insubordinacion del hijo, como no existe contra la insubordinacion de un esclavo; solo hay accion contra las personas extrañas que usurpan el poder paterno. Una lijera consideracion por vía de ejemplo sobre el matrimonio libre hará más evidente la doctrina que tratamos de asentar. En efecto, respecto de esta clase de matrimonio no se trata de autoridad absoluta ni de sumision, y sin embargo, el derecho romano no declara los derechos particulares entre los esposos, ni concede ninguna accion para reprimir la violacion de estos derechos; luego no es la sumision parcial de una persona á la voluntad de otra la que constituye el carácter legal de las relaciones de familia, ni forma el contenido especial de esta clase de relaciones de derecho. Por tanto, para distinguir claramente las relaciones de familia de las obligaciones es preciso abandonar esta especiosa doctrina; en virtud de la cual sus partidarios imponen inevitablemente á la familia la naturaleza de las obligaciones, cualesquiera que sean las precauciones retóricas empleadas para defenderse de tan justo cargo.

¿Qué nos resta, pues, en la familia como contenido verdadero de las relaciones de derecho? Hemos dicho que la familia formaba el complemento de una individualidad defectuosa en sí misma (§ 53); por consiguiente, su naturaleza propia es la posicion que sus diversas relaciones dan al indivíduo, el cual no se presenta desde entonces simplemente como hombre, sino como esposo, como padre, como hijo, etc., con un modo de existencia rigurosamente determinado, independiente de la voluntad individual y ligado al gran conjunto de la naturaleza (*a*).

(*a*) Así las relaciones de familia pertenecen especialmente al *jus publicum*, es decir, al derecho absoluto (§ 16) véase nota *a*.—Hé aquí

No niego que la fidelidad y la asistencia recíproca de los esposos, la obediencia y el respeto de los hijos pertenezcan á la esencia del matrimonio ni del poder paterno, sino que estos elementos, á pesar de su importancia, descansan bajo la tutela de la moral y no bajo la proteccion del derecho; por cuya razon las costumbres son las que modifican y consagran la nobleza que debe acompañar al ejercicio del poder paterno que solo en un último caso, y como por accidente fortuito, se considera susceptible de la intervencion de la ley. Así es que nos daria una idea imperfectísima de las relaciones de familia el derecho de una nacion, estudiado aisladamente y sin considerar las costumbres que lo completan. Por desconocer este último elemento muchos autores modernos han condenado el derecho de la familia romana como una desnaturalizada tiranía (*a*), olvidando que en ningun pueblo de la antigüedad ha sido la madre de familia más respeta-

---

por qué cada relacion de familia se llama un *status* del hombre, es decir, su lugar, su manera de ser respecto de ciertas personas determinadas. Véase § 59 y apéndice núm VI.

(*a*) Por ejemplo, Hegel, Naturrecht, § 175: «La esclavitud de los hijos entre los romanos es una de las manchas de su legislacion, y esta violacion de la moralidad en las relaciones más íntimas y más tiernas de la vida es de una alta importancia para comprender el carácter histórico de este pueblo y su inclinacion hácia el formalismo jurídico.» El error de Hegel es tanto más de extrañar cuanto que en el § 161 él mismo reconocia en el matrimonio la combinacion necesaria del elemento moral y del elemento jurídico, de donde resulta que el derecho establecido en un pueblo respecto al matrimonio solo nos da una imágen incompleta del matrimonío mismo; ¿y por qué no hemos de decir otro tanto del poder paterno?—Adam H. Müller, Elemente der Staatskunst, (Elemento del arte político) tomo II, p. 59, 65, va más lejos aún, pues habla de «un poder paterno y *marital*, tales como los han establecido nuestras leyes, imitando al derecho romano» y considera la reciprocidad como desterrada de las relaciones de familia tanto en las leyes romanas como en las nuestras. Segun Müller, pudiera creerse que los matrimonios se hacen hoy todavia por confarreacion, cuando, por el contrario, desde los primeros tiempos de la república eran los matrimonios libres, sin sombra alguna de autoridad los más ordinarios, siendo estos los únicos que nos ha trasmitido el derecho romano. Tambien pudiera creerse, siguiendo á Müller, que

da que en Roma (*a*), y que respecto á los hijos, la pretendida servil y degradante obediencia hubiera sido incompatible con la constitucion política que permitia á los hijos de familia el goce de los derechos políticos y el ejercicio de las más altas magistraturas, sin que por esto se entendiera menoscabado en lo más mínimo el poder paterno.

La apreciacion del elemento jurídico contenido en las diversas instituciones del derecho de familia sirve para determinar más claramente el carácter general de este derecho. Para cada una de dichas instituciones el elemento jurídico consiste en el reconocimiento y regulacion de sus condiciones de existencia, descomponiéndose de la siguiente manera: 1.°, condiciones en las cuales pueden nacer las relaciones de derecho; 2.°, cómo se forman; 3.°, cómo se disuelven; todo lo cual se aplica al matrimonio, al poder paterno y al parentesco, y agota el contenido jurídico de estas relaciones de derecho consideradas en sí mismas. Determina, además, el elemento jurídico las influencias que cada institucion ejerce sobre las demás; influencias que voy á enumerar respecto de las tres grandes relaciones de derecho relativas á la familia.

Las que el matrimonio ejerce sobre otras relaciones de derecho son:

1.ª Orígen del poder paterno sobre los hijos nacidos de matrimonio. Esto constituye una relacion de familia enteramente nueva que no modifica en manera alguna las relaciones de los esposos entre sí.

---

el derecho romano solo representa triste papel cuando no está sostenido, completado y corregido por la afeccion y la confianza (p. 59); como si nunca hubiera producido ley alguna estos sentimientos ó los hubiere hecho inútiles. Lo que el autor condena como un vicio del derecho romano es uno de los caractéres generales que ha querido Dios imponer á la naturaleza humana.

(*a*) Se puede citar aquí la bella descripcion de la vida familiar de los tiempos antiguos que nos da Columela, de re rust. lib. 12. præf. § 7, 8: «*Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta... Nihil compiciebatur in domo individuum, nihil quod aut maritus aut fœmina propium esse juris sui diceret, sed in commune conspiciebatur ab utroque.*» Y sin embargo, en el tiempo en que Columela hacia la pintura de la familia, lo ordinario era que la mujer estuviese sometida á la manus (in manum conventio), cuya forma en adelante fué muy rara.

2.ª Proteccion de su dignidad moral por medio del derecho penal.

3.ª Modificaciones numerosas del derecho tales como la *dot, donatio propter nuptias*, etc. La mayor parte de estas instituciones y las más importantes no son más que consecuencias inmediatas y necesarias del matrimonio mismo, que resultan de actos voluntarios, los cuales no implican el matrimonio como condicion indispensable.

El poder paterno ejerce su influencia sobre los bienes en cuanto el hijo de familia no puede adquirir por sí mismo, ni por consiguiente, tener propiedad; solo puede adquirir para su padre, y la propiedad de éste resulta necesariamente de los actos del hijo. Dicha representacion posible y necesaria del padre en cuanto al hecho de adquirir, nos aparece como una unidad bajo la cual se distinguen dos personas, aunque modificada en varios conceptos por los peculios, llamados así algunas veces con impropiedad.

La comparacion de esta múltiple influencia del poder paterno con las relaciones naturales que sirven de base á la familia nos da resultados muy dignos de tenerse en cuenta. Es indudable que el poder paterno responde á la necesidad de la educacion, no solamente por su elemento jurídico, sino por la autoridad indeterminada que el padre tiene sobre sus hijos, cualquiera que sea su edad, y que todo lo demás, es decir, la influencia puramente jurídica del poder paterno sobre los bienes, es por completo extraña á la educacion. La idea que preside al hecho de asumir el hijo la personalidad del padre para continuarla más allá de la vida de éste, trasmitirla tambien á sus propios hijos, perpetuándola así de generacion en generacion, esta misma idea, se revela claramente en la representacion del padre por el hijo, en cuanto á la capacidad de adquirir y en la manera especial de ser devuelta al *suus* la herencia paterna. Revelándose tambien en la incapacidad del hijo para ser propietario, incapacidad fundada en el principio de que la propiedad le es inútil, porque de hecho es partícipe en los bienes del padre (*a*), lo cual nos explica además

(*a*) *De hecho*, pues en el estado natural de la vida de familia el hijo participa del goce del patrimonio, si bien el padre puede, salvo algunas restricciones legales, rehusarle este beneficio para el presente y

por qué los bienes del hijo sometidos á la patria potestad no necesitaban de ninguna proteccion particular durante su menor edad, observacion importante que debe consignarse aquí porque nos conduce á considerar la tutela bajo su verdadero aspecto (§ 55).

De las tres grandes relaciones de derecho referentes á la familia, la menos precisa es el parentesco, que es susceptible de una série indefinida de grados, en donde concluye por perderse. Considérase ordinariamente la reciprocidad como el carácter ensencial del derecho, de donde si los parientes, salvo un número pequeño de casos, no tienen, á título de parientes, derechos algunos que ejercer unos respecto de otros, no debe considerarse el parentesco como una relacion verdadera de familia; pero segun los principios anteriormente expuestos, esta circunstancia no nos impide ver en el parentesco una relacion de familia propiamente dicha, pues el derecho determina rigurosamente sus condiciones, y no puede desconocerse la influencia que de hecho ejerce sobre otras relaciones jurídicas, á saber: primero, sobre el matrimonio prohibido á los parientes de ciertos grados; segundo, y de dos diferentes maneras, sobre los bienes, á cuya categoría pertenece la gran influencia del parentesco sobre el derecho de sucesion, influencia que por sí sola bastaria para hacer indispensable la fijacion rigurosa de los grados de este vínculo; siendo efecto de la influencia del parentesco sobre los bienes la obligacion mútua impuesta á ciertos parientes de proporcionarse alimentos; pero esta es una influencia secundaria, y constituye el único caso en que entre los parientes existe una verdadera reciprocidad de derecho.

Por lo que precede, se verá que la relacion de familia es natural y moral juntamente y enteramente individual, porque nace de indivíduo á indivíduo; pero considerada como relacion de derecho, existe entre una persona y todos los demás hombres, porque es esencial en ella el ser generalmente reconocida. Así, por ejemplo, el padre de familia tiene el derecho

---

despojarle para el porvenir. Es una relacion de derecho semejante á la dote que de derecho pertenece al marido y de hecho á la mujer, solo que en este punto la materia se presta mejor á ser desenvuelta y formulada por reglas positivas.

de hacer respetar su poder paterno contra cualquiera que lo desconozca, derecho que debe ser reconocido por el hijo de igual manera que por cualquiera otra persona. Una vez establecido el poder paterno aparece como la base de numerosos derechos relativos á la propiedad, á las sucesiones, etcétera, y el procedimiento romano confirma dichos principios de una manera digna de llamar la atencion. Y así, en esta materia, la accion es un *prœjudicium*, es decir, una accion que no tiene por objeto hacer pronunciar una *condemnatio*, sino hacer constar una relacion (*a*). El nombre de esta clase de acciones manifiesta que son preliminares de otras; por último, son todas *in rem*, es decir, que no se dirijen contra determinados indivíduos, como las que resultan de las obligaciones (*b*).

§ LV.—*Derecho de familia.*—Continuacion.

Hasta aquí he considerado la familia en su conjunto natural, pero las diversas partes de este conjunto pueden servir de tipos en el derecho positivo para formar artificialmente instituciones extensivas del derecho de familia, de las cuales voy á ocuparme ahora. Lo característico de estas nuevas instituciones es que no tienen una base natural-moral, y por consiguiente, ningun carácter de necesidad absoluta. En el lenguaje de los jurisconsultos romanos se dice que no pertenecen al *jus naturale*.

Hé aquí las instituciones artificiales del derecho romano, extensivas del derecho de familia:

1.° *Manus.*—Consiste en la reunion artificial de dos de las principales relaciones de la familia natural, á saber: el matrimonio y el poder paterno. En ella la mujer es considerada legalmente como hija de su marido, y la institucion, apéndice exterior del matrimonio, lo modificaba considerablemente, sobre todo con relacion á los bienes. Por lo demás, esta definicion de la *Manus* no es verdadera sino en la época de la historia romana en que esta forma de matrimonio era potestativa, pues en los primeros tiempos no se conocia otra.

(*a*) Gayo, VI, § 44-94. Cf. L. I, § 16, L. 3, § 3-4 de agnos. (XXV, 3), L. I, § 4, de liberis exhibendis (XLIII, 30).

(*b*) § 16, J. de act. (IV, 6).

2.° *Servitus.*—La relacion entre el señor y el esclavo tenia en derecho romano dos caractéres jurídicos diferentes, pero siempre unidos en la realidad, que son, el *dominium* y la *potestas*. El *doninium* constituia un verdadero derecho de propiedad pura; de manera que el esclavo, completamente asimilado á una cosa, podia ser vendido en plena propiedad y ser objeto del usufructo, del uso y de la prenda; y el señor tenia, respecto de él, la reivindicacion y todas las acciones introducidas para protejer la propiedad. La *potestas* colocaba al esclavo dentro del a familia, y tenia gran analogía con el poder paterno que le servia de tipo. Esta analogía aparece manifiesta en el derecho de propiedad que el padre gozaba anteriormente sobre sus hijos con el nombre mismo de *potestas*, en la incapacidad, comun al hijo y al esclavo, de adquirir por sí mismos, la cual traia consigo la capacidad necesaria de adquirir para el padre ó para el señor y, por último, en los peculios. Si la asimilacion del hijo con el esclavo nos extraña y repugna, no olvidemos que en los tiempos antiguos, en que la institucion habia sido formulada, el esclavo que adquiria cierta cultura participaba de los trabajos de su señor y era á menudo su comensal; y solo cuando más tarde vino á ser la propiedad de los esclavos un objeto de lujo y de especulacion, tomando un acrecentamiento desmesurado, cesó de tener sentido esta asimilacion y se puso en contradiccion con las costumbres, puesto que se olvidó modificar y poner en armonía con las nuevas necesidades la condicion de los emancipados y de los esclavos, que fué precisamente uno de los más grandes defectos del estado social de los romanos.

A la *potestas* se refieren tambien la manumision, es decir, la facultad reservada al señor de emancipar al esclavo, lo cual entrañaba para él derecho de ciudad, el *liberale judicium*, es decir, la *vindicatio in servitutem* ó *in libertatem*, accion que concedia á la *potestas* la misma condicion que la reivindicacion ordinaria al *dominium*.

Muy diferente de todo lo que precede es la incapacidad de derecho casi absoluta del esclavo, incapacidad que persiste aunque falten, por una circunstancia accidental, el *dominium* y la *potestas*: me refiero á los *servi sine domino*. De manera que aunque la institucion de la esclavitud haya sido concebida y desenvuelta en vista de la autoridad del señor,

se admitia una esclavitud en sí, como un estado que continúa subsistiendo y produce sus efectos, por más que el esclavo se encuentre accidentalmente sin señor (*a*).

3.° *Patronatus.*—La manumision da libertad al esclavo y le asegura entre los hombres libres un rango más ó ménos elevado, segun las circunstancias; pero entre el patrono y el manumitido existe una relacion personal que toma el carácter de una relacion de familia, así como la constitucion de ésta habia servido de tipo originario para la esclavitud. El patronato ejercia una gran influencia en el derecho de bienes, puesto que las sucesiones y las obligaciones tocaban con él en una multitud de puntos. Se presentan tambien en esta materia las instituciones de derecho criminal destinadas á mantener la alta posicion del patrono respecto del manumitido.

4.° *Mancipii causa.*—En los tiempos antiguos el poder del padre sobre los hijos se distinguia apenas de la propiedad, pues el padre podia vender á sus hijos y el marido á su mujer *in manu*, como asimilada á una hija; pero las personas así ena-

---

(*a*) Eran esclavos sin señor: 1.°, el *servus pœnæ*, que no era de la propiedad del Estado. L. 17, pr. de pœnis (XLVIII, 19), L. 3, pr. de his qui pro non ser. (XXXIV, 8), L. 12, de jure fisci (XLIX, 14), L. 25, § 3, de adqu. hered. (XXIX, 2); 2.°, el romano prisionero del enemigo, porque no teniendo éste la capacidad de derecho, no cabia tener ni *potestas* ni *dominium*; 3.°, el emancipado respecto al cual habia adquirido un tercero el usufructo antes de la manumision. Ulpiano, I, § 19 (L. I, C. comm. de manumiss., VII, 15); 4.°, el esclavo abandonado por su señor. L. 38, § I, de nox. act. (IX, 4), L. 36 de stip. serv. (XLV, 3), L. 8, pro derelicto (XLI. 7). Un edicto de Claudio establece que el esclavo enfermo, inhumanamente abandonado por su señor, adquiere la latinidad; pero esta es una disposicion especial del derecho positivo. L. 2, qui sine manum. (XL, 8), L un.. § 3, C. de lat. libert. (VII, 6). La regla continúa siempre subsistiendo.

La condicion del *servus pœnæ* era más dura que la del *servus fisci*; así es que para el condenado era una gracia que lo hicieran *servus fisci*, y tal era la suerte del hijo cuya madre habia sido condenada á los trabajos de las minas. L. 24, § 5, 6 de fideic. lib. (XL, 5). Por otra parte, el esclavo sin señor no podia nunca convertirse en emancipado cuando obtenia la libertad. (Por ejemplo: el condenado en virtud de la restitucion, el prisionero en virtud del *post liminium*), se hacia desde luego *ingenuus*.) Paulo, IV, 8, § 24.

jenadas gozaban, respecto á sus nuevos señores, de una condicion mucho más dulce que los esclavos propiamente dichos. Su estado se llamaba *mancipii causa*, era intermediario entre la libertad y la esclavitud, cesaba por la emancipacion, y su patronato diferia poco del patronato ordinario sobre los esclavos. Las personas que tenian esta condicion no podian ser propietarios y adquirian para su señor, único punto en el cual estaban completamente asimilados á los esclavos. Estas instituciones de derecho se conservaron como símbolos que servian para disolver el poder paterno en una época en que hacia largo tiempo habia caido en desuso, y áun habia sido castigada por las leyes la venta real de los hijos.

Tutela y *curatio*.—El punto central de esta institucion es evidentemente la tutela de los impúberos, que consiste en una subrogacion del poder paterno cuando dicho poder viene por acaso á faltar. Síguese ahora determinar el carácter de esta subrogacion. En primer lugar, el pupilo no representa la personalidad del tutor, al contrario de lo que sucede con el hijo, que representa siempre la personalidad del padre; y en cuanto á las relaciones tocantes á la educacion, encuéntranse fuera de ella y solo accidentalmente se le atribuyen, cosa que nos da la medida y el verdadero carácter de esta subrogacion. El impúbero propietario no puede administrar sus bienes porque es incapaz de obrar; pero esta dificultad no existe para la mayor parte de los impúberos, porque sometidos al poder paterno todos los bienes que pueden pertenecerle, se confunden con los del padre, y ellos no son propietarios (§ 54), de manera què su imposibilidad de obrar es una consecuencia de su incapacidad de derecho; la dificultad solo existe para los huérfanos, respecto á los cuales aparece en contradiccion su capacidad de derecho con su incapacidad de obrar, contradiccion que debe resolver artificialmente una institucion subsidiaria de derecho positivo, de una necesidad general, importante y puramente natural, cuya necesidad constituye la base fundamental de la tutela. Los demás casos de tutela y todos los de la curatela son desenvolvimientos de la misma institucion aplicados á necesidades semejantes, todos los cuales tienen por carácter comun el suplir antificialmente una relacion rigurosamente determinada por la *potestas* ó la *manus*.

Estas diversas relaciones tienen un doble contenido jurí-

dico: suplen la incapacidad de obrar de una persona que goza de la capacidad de derecho, y son orígen, extinguida esta relacion, de obligaciones entre el pupilo y el tutor ó curador.

Las cinco instituciones que acabo de enumerar constituian, en tiempo de los jurisconsultos clásicos, todas las extensiones artificiales del derecho de familia. Tratándose del tiempo de Justiniano hubiera debido añadírsele el colonato, institucion importante, ya desde antiguo establecida, en ciertos puntos análoga á la *servidumbre*, y en otros del todo diferente (*a*), que consistia en la obligacion hereditaria y perpétua de cultivar una determinada porcion de tierra. Las instituciones, sin embargo, no tratan de ella, y su silencio no puede explicarse sino por la inercia científica de los espíritus en el siglo en que vivia Justiniano, en el cual, en vez de una exposicion original del derecho vivo, se contentaron con hacer algunas modificaciones en las obras de la jurisprudencia clásica, y fuera de algunos casos, no se salieron del círculo trazado por los antiguos jurisconsultos.

Las relaciones artificiales de la familia se asimilan en los puntos capitales á las relaciones naturales (§ 54), por lo cual pueden hacerse valer contra todo el que las ataque y están protegidas por los *præjudicia* (*b*).

Empleo las expresiones de relaciones naturales y artificiales para caracterizar más claramente las diversas partes del derecho de familia y distinguir bien las que pertenecen al *jus naturale*; y debo advertir, para prevenir todo error, que los romanos atribuian á éstas una naturaleza muy diferente de las que participaban las instituciones que llamo artificiales. La *manus* y á la *mancipii causa* son instituciones peculiares del derecho romano, partes de su *jus civile*, cosa que no podria decirse del patronato; la tutela de los impúberos (*c*) y la esclavitud, institucion comun á todos los pueblos de la antigüedad (*d*), eran consideradas como pertenecientes al *jus*

(*a*) Savigny, über den Römischen. Colonat., Zeitsch. f. gesch. Rechtsw., (Sobre el colonato romano. Revista de jurisprudencia histórica) vol, VI. núm. IV.

(*b*) § 13, J. de act., IV, 6.

(*c*) Gayo, I, § 189.

(*d*) L. I, § I, de his qui sui (I, 6), § I, J. eod. (I, 8).

gentium. Y es interesante notar cuántas modificaciones ha introducido el cristianismo en las ideas jurídicas sobre estos puntos y principalmente sobre la materia de la esclavitud. Ningun filósofo de la antigüedad concebia Estado alguno sin esclavos, y hoy en ningun Estado cristiano de Europa se admite la posibilidad de la esclavitud; y respecto de la América, la cuestion de la abolicion es una de las más graves luchas reservadas á la generacion futura (*).

Con el asunto relativo á la familia que acabo de exponer, se ligan estrechamente otras dos materias, á saber: la representacion como medio de adquirir y los diversos grados de la capacidad de derecho.

La representacion como medio de adquirir (§ 113) se refiere á la *potestas*, *manus* y *mancipium*, es decir, á tres, ó más bien á cuatro relaciones de familia diferentes; las demás, como el matrimonio, el parentesco, el patronato y la tutela no ejercen semejante influencia. La exposicion que precede está, por consiguiente, lejos de haber agotado el derecho de familia.

La capacidad de derecho, asunto que trataré detalladamente (§ 64 y sig.), descansa sobre tres clasificaciones, á las cuales corresponden tres grados de la *capitis deminutio*. Los hombres son *liberi* ó *servi*, *sui juris* ó *alieni juris* y *cives*, *latini* ó *pregrini*; las dos primeras clasificaciones se refieren á los derechos de familia expuestos precedentemente; la tercera es extraña á ellos, y aun al derecho privado, y ya hemos visto que muchas relaciones de familia como el matrimonio, el parentesco, el patronato y la tutela no influyen en manera alguna sobre la capacidad de derecho, de donde resulta que el derecho de familia y la capacidad de derecho no son cosas idénticas, sino esencialmente distintas.

Fáltame solo hablar del desarrollo histórico de las instituciones pertenecientes al derecho de familia. Cuando Justinia-

---

(*) La prediccion del autor se ha realizado al pié de la letra para bien de la justicia y del derecho. Actualmente, exceptuando una colonia que es por desgracia española, no existe esclavitud en América, y debemos esperar que no tarde en borrarse este baldon de nuestra patria.—(Nota de los traductores.)

no ascendió al imperio la *manus* y la *mancipii causa*, no existian desde hacia largo tiempo; la Europa moderna, al adoptar el derecho romano, no aceptó la esclavitud ni el patronato; el colonato romano no podia establecerse de una manera durable, porque fué reemplazado por una institucion germánica muy semejante, la servidumbre de la gleba; así es que en Italia y en Francia el colonato cayó en desuso, y en Alemania no fué recibido con el derecho romano. De todas estas instituciones, por consiguiente, solo han pasado al derecho moderno el matrimonio, el poder paterno, el parentesco y la tutela.

Por otra parte, en la Edad Media muchas instituciones nuevas tomaron nacimiento en el seno del derecho germánico, y en ellas, como en las instituciones romanas, domina el elemento moral; y si se quiere apreciar justamente su naturaleza, es preciso referirlas unas al derecho de familia y otras al derecho público, al menos en parte; así sucede con el sistema de los feudos en donde existen numerosas relaciones entre los vasallos y los señores, y sobre todo con la servidumbre de la gleba, de que ya he hablado. No trataremos, por consiguiente, de establecer en el derecho de familia un límite exacto aplicable á todos los tiempos y á todos los pueblos, sino que, por el contrario, reconocemos que cada derecho positivo puede desenvolverse libremente en este punto. Y un ejemplo notable de semejante desenvolvimiento se encuentra en una de las materias más usuales del derecho moderno, á saber: la que regula las relaciones con los servidores asalariados, asunto que los romanos consideraban simplemente como un contrato (*operæ locatæ*), principio general que les bastaba para regir esta materia, porque á causa del gran número de sus esclavos, rara vez tenian necesidad de emplear servidores libres; al contrario de lo que hoy sucede, en que, no existiendo la esclavitud, la necesidad de estos servidores ha aumentado considerablemente, razon por la cual no puede ser tratado este asunto como cualquiera otro arrendamiento de trabajo, y por eso tambien lo coloca fundadamente el Código prusiano en el título del derecho de las personas y no entre los contratos (*a*).

(*a*) All. L. R. II, 5.

§ LVI.—*Derecho de bienes.*

Hemos visto más arriba que el derecho de bienes tenia dos objetos, á saber: las cosas y los actos del hombre, y esta es la base de su gran division en dos clases: el derecho de las cosas y el derecho de las obligaciones. Ocúpase la primera de la posesion, es decir, del dominio real de las cosas, cuya forma jurídica más simple y completa es la propiedad ó el imperio exclusivo y absoluto de una persona sobre una cosa. Sin embargo, para dar una idea clara de la propiedad en su esencia, son indispensables algunas consideraciones generales.

Todo hombre se siente llamado á dominar la naturaleza no libre, y al mismo tiempo reconoce la misma facultad en los demás, de donde resulta una especie de colision que trae como consecuencia la necesidad de un acomodamiento, el cual no puede efectuarse sino asignando á cada uno límites determinados. A la necesidad de esta determinacion responde perfectamente la comunidad del Estado, pues considerado de esta manera, como ejerciendo el dominio sobre la naturaleza no libre contenida en sus fronteras, nos aparecen los ciudadanos como asociados á ese poder, y la dificultad se reduce á encontrar una regla que determine la parte de cada individuo. Ahora bien; para verificar esta particion existen tres medios que no se excluyen unos á otros, sino que pueden combinarse y emplearse simultáneamente, y pueden caracterizarse de la siguiente manera:

1.° Propiedad y goce comun. Tal es el carácter que presentan las rentas del Estado, ora consistan éstas en impuestos, ora en derechos de regalías, ora en productos directos de los bienes mismos, pues todos los ciudadanos participan del goce de los establecimientos públicos que con estas rentas se costean.

2.° Propiedad pública y goce privado. Este género de participacion, la más rara de todas, la encontramos respecto al antiguo *ager publicus* de los romanos, y en las corporaciones modernas respecto á los bienes cuya propiedad es del municipio y cuyo goce pertenece á los vecinos.

3.° Propiedad privada y goce privado, subordinados á los actos libres reconocidos por el derecho privado, y á las leyes

de la naturaleza exterior. Esta forma, que vemos universalmente reconocida, es la única de que se ocupa el derecho privado. Tal es la propiedad considerada en su esencia: su principio absoluto no admite límite alguno de riqueza ni de pobreza.

Fuera de la propiedad no podia concebirse el dominio de un indivíduo sobre la naturaleza no libre; pero dentro del círculo de la propiedad pueden concebirse una multitud de especies de dominio más restrinjidos y circunscritos por el derecho positivo, formando otros tantos *jura in re* que son instituciones particulares no incluidas en la propiedad. Y todos los derechos posibles sobre las cosas, la propiedad y los *jura in re*, están comprendidos bajo el nombre general de *derechos reales* (*a*).

El dominio restrinjido que ejercemos sobre los actos de otros hombres constituye la materia del derecho de obligaciones, en donde se encuentran reguladas y formuladas todas las relaciones que se comprenden bajo el nombre genérico de comercio. No todos los actos del hombre se prestan igualmente á ser objeto de obligaciones, sino solamente los que, por su naturaleza material, son, por decirlo así, exteriores á la persona, y pueden ser considerados como cosas.

Reunidos estos diversos caractéres, y comparados con el derecho de familia, nos ofrecen un contraste muy marcado: la materia de derechos de bienes no es, como la del derecho de familia, una relacion natural-moral; no tiene una doble naturaleza, sino que es simple, pura relacion de derecho; su reconocimiento es menos necesario, y más arbitrario, más positivo que el de las instituciones del derecho de familia, y no pertenece al *jus naturale*; además no se puede tener certidumbre respecto á la distincion de su elemento jurídico, porque si bien deben estas instituciones extender la libertad del indivíduo (§ 53), este poder y dominio que nos aseguran forma precisamente su contenido como tales instituciones de derecho.

He dicho que el derecho de bienes, á diferencia del derecho

(*a*) Adopto aquí esta fraseología especial para prevenir cualquier error. En el libro consagrado al derecho de las cosas enumeraré los diferentes *jura in re* y profundizaré este asunto.

de familia, no contiene ningun elemento moral, y acaso se me objete que, debiendo dirigir la ley moral todos los actos del hombre, no puede faltar á esta clase de relaciones una base moral. Realmente esta base existe, pues el rico no debe considerar su riqueza sino como un depósito confiado á su cuidado; pero este punto de vista está completamente fuera del dominio del derecho, cuya anomalía puede explicarse de la siguiente manera. Las reglas de derecho rijen solo una parte de las relaciones de familia, quedando la otra abandonada á las influencias morales; pero respecto á las relaciones de propiedad, la regla jurídica reina exclusivamente sin consideracion alguna al uso moral ó inmoral que pueda hacerse del derecho; así el rico puede rehusar su asistencia al pobre ú oprimirlo inhumanamente para hacer efectivos sus créditos, á cuyos males no acude el derecho privado, sino el público, por ejemplo, mediante establecimientos de beneficencia, para los cuales se obliga al rico á contribuir indirectamente. Debe, pues, admitirse en principio que el derecho de bienes, considerado como institucion de derecho privado, no contiene ningun elemento moral, lo cual no es ciertamente negar en manera alguna la autoridad absoluta de las leyes morales (Cf. § 52).

A primera vista resultan tan claramente separadas por la diversidad de su objeto las dos clases del derecho de bienes, que parece que dicha division debe encontrarse siempre que se trate de esta materia; y, sin embargo, examinando atentamente el asunto se reconoce que existen numerosas diferencias entre las reglas de derecho positivo de los diferentes pueblos referentes á este punto, pues unas veces refiérense á la determinacion especial del derecho de cosas y de obligaciones, otras á la relacion de dependencia que se establece entre las dos partes del derecho.

En cuanto á la determinacion del derecho de cosas y de obligaciones hay dos puntos extremos en donde no podria desconocerse la diversidad de su naturaleza, y son, de un lado, la propiedad absoluta con la reivindicacion ilimitada, y de otro el contrato entre el señor y el servidor á sueldo y el mandato; pero entre ambos extremos hay dos puntos de contacto naturales, aproximaciones insensibles, pues la mayor parte de las obligaciones, y las más importantes, tienen por objeto llegar, por medio de una persona extraña, á un

derecho real, ó al menos al ejercicio ó al goce de tal derecho (*a*). En este punto, el derecho romano, y es uno de sus rasgos característicos, designa claramente la propiedad atribuyéndole un derecho de reivindicacion absoluto (*b*) no admitiendo más que un pequeño número de *jura in re* susceptibles de restrinjirlo (*c*). La cuestion se reduce á distinguir si nuestro derecho tiene por objeto inmediato y directo una cosa considerada en sí misma, independientemente de los actos de un tercero, ó solamente un acto determinado de una persona extraña, cualquiera que sea el fin que este acto se proponga, aunque deba procurarnos un derecho á una cosa ó el goce de la misma. La *actio in rem* y la *actio in personam* responden á esta distincion (*d*); y es un error definir ambas acciones diciendo que tienen, no por carácter general, sino por carácter único, el ser dirijidas, la segunda, contra un determinado adversario; la primera, contra cualquiera adversario (*e*).

(*a*) Es decir, todas las *dandi obligationes*. Tal es el principio de la division de las obligaciones (jura personalia) adoptada por muchos autores modernos, en jura personalia in specie et jura ad *rem*. Daries, Inst., Juris. priv., § 31.—De igual manera el Código prusiano (Th. I, tít. 2, § 123-124) admite el derecho personal como género y el derecho á una cosa como especie.

(*b*) El Código francés, por el contrario, rechaza en principio la reivindicacion de cosas muebles, que solo admite en casos excepcionales. De igual manera el Código prusiano concede sin distincion al adquirente de buena fé el derecho de reclamar el precio de la venta contra el propietario.

(*c*) El derecho romano solo admite los *jura in re* en casos especialmente determinados. Por el contrario, el derecho prusiano reconoce como *jus in re* el goce de la cosa de otro acompañado de posesion cualquiera que sea la ocasion y fin de este goce.

(*d*) No quiere esto decir que ambas clases de acciones correspondan precisamente á la division del derecho en derecho de cosas y derecho de obligaciones, pues existen *actiones in rem* muy importantes que no entran en el derecho de cosas. Pero toda accion fundada en un derecho real es *in rem*, y toda accion fundada en una obligacion es *in personam*. La exposicion completa de esta materia corresponde á otra parte de mi obra.

(*e*) La *actio in rem* puede dirijirse contra cualquier detentador; la *actio in personam* contra ciertas personas determinadas, y se toma

La dependencia real que existe entre las dos partes del derecho de bienes puede oscurecerse por la incertidumbre de sus respectivos límites. El derecho romano las distingue claramente, circunscribe cada una de estas partes en su dominio especial, y las trata independientemente una de otra; y así establece la propiedad como el imperio absoluto sobre las cosas, sin tener en cuenta para nada la obligacion que algunas veces sirve de intermediaria para adquirir este dominio; la obligacion como el imperio sobre un determinado acto de otra persona, sin preocuparse del derecho real que puede resultar de este acto. Tal método se halla conforme con la realidad de las cosas, pero sucede que siguiéndolo aparentemente hay casos en que se abandona y se niega esta realidad; lo cual se verifica cuando, no considerando más que las obligaciones, se miran los derechos reales como su consecuencia ó su desenvolvimiento *(a)*, ó bien si considerando los derechos reales como el objeto exclusivo de las reglas del derecho, se miran las obligaciones únicamente como medios de adquirir los derechos reales *(b)*, cuyos dos puntos de vista forzados y

---

esta distincion ordinariamente como signo característico y esencial de las dos especies de acciones; pero la *actio quod metus causa*, que es *in rem scripta*, puede dirijirse contra cualquiera, y no por eso deja de ser una *actio in personam*. Ciertamente que estos casos son excepcionales y que puede decirse, en general, que los derechos reales y las obligaciones se distinguen en que los unos obligan á todos los hombres y los otros á ciertos individuos. Una consecuencia de este principio, verdadero en su generalidad, es que los derechos reales, como opuestos á todo adversario y gozando de un más extenso círculo que las obligaciones, tienen tambien una naturaleza más rigurosamente determinada y contienen más parte de derecho absoluto ó de derecho público (§ 16).

(*a*) Esto es lo que hace Domat (Lois civiles). Divide todo el derecho en *engagements* y *successions*: los *engagements* son las obligaciones, al lado de las cuales el autor coloca los derechos reales como la consecuencia ó confirmacion de los mismos.

(*b*) Así el Código francés se divide en tres libros: I, de las personas; II, de las cosas y de las modificaciones de la propiedad; III, de los medios de adquirir la propiedad. Estos medios son tres: 1.º las sucesiones, es decir, las sucesiones *ab intestato*; 2.º las donaciones entre vivos y los testamentos; 3.º efectos de las obligaciones (art 711). Pero el

exclusivos desnaturalizan la verdad de las relaciones de derecho, y tienen además el inconveniente de que muchas materias quedan fuera de lugar y deberian excluirse del derecho si se siguieran rigurosamente las consecuencias lógicas del principio fundamental (*a*).

En las aplicaciones particulares se llama *bienes* la totalidad de relaciones enumeradas más arriba, en tanto que se refiere á una persona determinada considerada como sujeto. Esta importante idea de derecho puede precisarse en virtud de las consideraciones siguientes: 1.ª la relacion de tales derechos á una persona determinada es accidental y variable, porque los bienes solo tienen una medida cierta en un momento preciso de su duracion, pudiendo tener otras distintas en otro momento; 2.ª para la apreciacion general de los bienes de un indivíduo podemos hacer abstraccion de la especial naturaleza de cada derecho particular y reducir nuestra observacion á una pura cantidad de elementos idénticos. Considerados así abstractamente los bienes, pueden y deben abrazar las obligaciones pasivas que restrinjen la libertad del indivíduo en lugar de extenderla; y una vez colocadas las deudas entre los bienes, la totalidad de los de un indivíduo puede darnos por resultado una cantidad positiva, negativa ó indiferente, es decir, reducirse á cero.

Dicha idea abstracta de los bienes, indispensable para el estudio completo del derecho, se traduce por la de valor que nos permite resolver los diversos elementos constitutivos de los bienes, reduciéndolos á un denominador comun. Ahora bien, la idea de valor se manifiesta en la vida real bajo la for-

---

predominio de la propiedad es aquí solo aparente, porque el segundo libro es muy corto, mientras que el tercero contiene la mayor parte de las materias del derecho privado, de suerte que tal predominio de la propiedad solo se muestra en el título del libro. El Código prusiano tampoco considera los contratos y los testamentos más que como medios de adquirir la propiedad (Th. I, tít. II, 12, 13).

(*a*) Así, en la clasificacion de Domat, no hay, lógicamente hablando, lugar para la ocupacion y la especificacion. El Código prusiano y el Código civil consideran el mandato como medio de adquirir la propiedad, aunque por la generalidad de su naturaleza el mandato pueda aplicarse á muchos otros objetos.

ma de moneda, de manera que, en el lenguaje jurídico, valor y valor pecuniario son palabras sinónimas, tomadas indiferentemente una por otra (*a*). En su consecuencia, los bienes de un indivíduo podrán resolverse en una cantidad pura si á nuestra vez resolvemos en la propiedad de una suma de dinero todas las partes constitutivas de estos bienes, á saber: las propiedades de todo género, todos los *jura in re*, el simple goce de una cosa (habida consideracion á la duracion de este goce), y por último, las obligaciones, es decir, las deudas y los créditos, cualquiera que sea su objeto, ora sea la obtencion de una cosa ora su goce (*dare, facere*). De donde la pura *faciendi obligatio* se refiere á una verdadera propiedad (*b*); y los bienes de un indivíduo han de representar una suma de dinero como propiedad ó como deuda, ó son iguales á cero. La observacion hecha al principio de este parágrafo, de que no todos los actos del hombre son susceptibles de ser materia de obligacion, se confirma aquí y puede ya determinarse; estos actos son aquellos que el pensamiento no podria convertir en una suma de dinero, en cuyo caso, á lo más, podrian solo dar lugar á obligaciones imperfectas.

La unidad atribuida aquí á los bienes descansa sobre la persona del que los posee; pero una vez adoptado este principio general puede sufrir restricciones artificiales en vista de un determinado fin, y entonces se le sustituye por una unidad arbitraria; citaré como ejemplo el peculio y la dote, que pueden considerarse como otras tantas unidades de bie-

---

(*a*) El antiguo derecho romano hace resaltar de una manera palpable esta reduccion de los derechos más diversos al valor monetario. Gayo, IV, § 48. Hegel, Naturrecht, § 63, da del valor y de la moneda, una justa, pero incompleta definicion, puesto que no admite más que un valor de propiedad ó de venta, lo cual excluye el valor del goce de una cosa, y el valor en sí de una cosa inalienable, y con más razon todavía, el valor del trabajo, del cual no hace el autor mencion alguna. Semejantes restricciones quitan á la idea referida la mayor parte de su utilidad.

(*b*) No trato aquí de las consecuencias prácticas de esta posibilidad. Al ocuparme de las obligaciones procuraré examinar si esta sustitucion es siempre potestativa para el deudor ó si no es más que un medio subsidiario para el caso en que el cumplimiento de la obligacion primitiva llegue á ser imposible.

nes aplicadas á un fin especial (*a*), instituciones que se designan á menudo con el nombre de *universitas juris*. La palabra *universitas* está bien escogida, porque designa ordinariamente un todo por oposicion á sus partes constitutivas (*b*). *Universitas juris* es una fraseología extraña á los jurisconsultos romanos; pero lo que importa ante todo condenar es que se parta, como hacen algunos, de esta expresion técnica para atribuir á los diferentes casos una naturaleza comun y someterlos á reglas arbitrarias, cuando, por el contrario, cada uno de ellos tiene caractéres especiales á los cuales responden reglas especiales tambien, todo lo cual es preciso determinar con gran cuidado (*c*).

§ LVII.—*Derecho de bienes.* Continuacion.

He dicho (§ 53) que las relaciones de familia y las tocantes á los bienes tenian en la práctica una multitud de puntos de contacto que daban nacimiento á desenvolvimientos particulares en cada clase de dichas relaciones; de esta manera, en el derecho de familia, ha sido instituida la esclavitud, análogamente á la propiedad familiar, pues la *potestas* se deriva del *dominium* y participa de sus caractéres, como lo prueba la ilimitada facultad de enagenar los esclavos y de trasmitirlos á sus herederos. Por otro lado, el patronato y el *mancipium* se derivan de la esclavitud; la tutela no tiene sentido sinó se refiere á los bienes; y por último, el colonato se refiere á una relacion obligatoria, cuyos destinos sigue, por cuya razon puede trasmitirse á los herederos del señor.

(*a*) A los dos casos hay que añadir otro más importante, la sucesion, respecto á la cual me remito al próximo párrafo.

(*b*) Se emplea esta expresion sin distinguir si las partes constitutivas de la *universitas* son personas (por ejemplo, una corporacion), ó cosas (un rebaño, una biblioteca), ó derechos (un peculio, una dote). En cuanto á la *universitas* de cosas, no se distingue si sus partes tienen ó no unidad corporal (una casa por oposicion á las piedras y á las vigas, ó un rebaño); no se distingue tampoco si la unidad corporal es obra de la naturaleza ó del hombre (un animal, una planta, por oposicion á sus diversas partes, ó una casa).

(*c*) Este punto se trata perfectamente por Hasse, über Universitas juris et rerum, Archiv., vol. IV, N. 1.

A su vez la familia recobra sobre los bienes, y la primera y más inmediata influencia consiste en el estrecho lazo existente entre las relaciones de familia y muchas instituciones del derecho de bienes; así es que existen derechos reales y obligaciones, que, por su forma y modo de desarrollo, suponen necesariamente determinadas relaciones de familia. El conjunto de estas relaciones con sus influencias recíprocas se llama *derecho de familia aplicado*, y precisamente este derecho es el que da á la familia su carácter jurídico (§ 54).

Además, el derecho de bienes, en el círculo mismo de su dominio, admite y exije imperiosamente un desenvolvimiento nuevo, á saber: el *derecho de sucesion* cuyo sentido voy á definir.

Considerados los bienes como extension del poder del indivíduo, son un atributo de su personalidad; luego siendo temporal la personalidad del hombre, los bienes de cada indivíduo deberian, á su muerte, perder su significacion jurídica, que desaparecia con su vida. Pero debe observarse que cada derecho se realiza y extingue en el seno del Estado como formando parte de su derecho positivo, y así la propiedad encuentra primeramente su existencia real en el Estado, y, regulada por el derecho positivo, se divide entre los ciudadanos como propiedad privada; de modo que haciendo aquí aplicacion de este principio, resulta que si á la muerte de un indivíduo sus bienes dejan de ser atributo de su personalidad, no pierden su carácter de propiedad por esto, pues que su base fundamental es el Estado, que no muere, y de igual manera que el derecho puede regular las diferentes formas del imperio del hombre sobre la naturaleza no libre; puede tambien, á la muerte del indivíduo, regular el destino de sus bienes á fin de que conserven siempre su relacion con el organismo general.

Cabe desde luego conservar á la propiedad de estos bienes su carácter de propiedad privada, haciendo sobrevivir, por una especie de ficcion, la personalidad del antiguo propietario, y esto de dos maneras: estableciendo que la voluntad del indivíduo, expresada durante su vida, puede continuar rigiendo sus bienes despues de su muerte (testamento, disposiciones por causa de muerte), ó que aquellos que estaban más cerca de la persona del propietario difunto pueden continuar la propiedad (sucesiones *abintestato)*, y en este

punto el parentesco debe tener una gran influencia (§ 53), puesto que perpetúa la personalidad del indivíduo.

La propiedad privada permite tambien se la convierta en propiedad pública despues de la muerte del propietario. Rije frecuentemente esta práctica entre los orientales, y aun se encuentra además, aunque muy restrinjida, en las naciones cristianas de Europa; en realidad, siempre que se paga un impuesto sobre derechos de sucesion, el Estado entra en participacion con los herederos.

La primera forma de resolver el problema es la única de que he de ocuparme, no tanto porque el derecho romano no reconozca otra, sino porque es tambien la única que pertenece al derecho privado, objeto exclusivo de mi obra. Síguese ahora primeramente determinar la forma jurídica, en virtud de la cual debe verificarse esta trasmision de la propiedad privada; y téngase en cuenta que en este punto las diferencias que pueden encontrarse no responden á diversos principios, entre los cuales sea necesario escojer, sino al conocimiento más ó ménos profundo de la cuestion ó á su solucion más ó ménos completa.

Puede concebirse una legislacion que repartiese todas las partes de una herencia, como representando un valor, entre todos los indivíduos llamados á ella, lo cual bastaria para las necesidades inmediatas de la práctica. Pero si se considera la relacion de derecho en su esencia y en sus consecuencias necesarias, resulta que es preciso considerar la herencia como una unidad cuya base se encuentra en la persona del difunto, lo que induce á la consideracion de la herencia como cantidad pura, abstraccion hecha de la diversidad de sus elementos (§ 56); principio que se traduce en el lenguaje de la ciencia, diciendo que toda herencia es una *successio per universitatem*, sin que obste el que subsidiariamente, y por excepcion, ciertas partes de los bienes no constituyen una sucesion particular (*a*). La historia del derecho romano nos ofrece en este asunto un hecho muy digno de mencion, y es que, guiados los romanos por la rectitud de su espíritu práctico, per-

(*a*) Empleo aquí estas expresiones provisionalmente, y me reservo precisar su sentido cuando trate del derecho de sucesion.

cibieron claramente el principio y lo aplicaron rectamente mucho antes que la ciencia lo hubiese reconocido (*a*).

Resulta de lo que precede, que dominan todo el derecho de sucesion dos puntos de vista igualmente verdaderos é igualmente importantes: primeramente, la sucesion no aparece como medio de adquirir el conjunto de los derechos que componen los bienes de un indivíduo, *adquisitio per universitatem* (*b*); en segundo lugar, la sucesion es un derecho particular independiente de cualquier otro, una *universitas* (*c*), como lo muestra la naturaleza particular de las acciones correspondientes al ejercicio de este derecho. Estos dos puntos de vista se confunden en la ficcion que identifica los herederos con su causante, como continuando y representando su personalidad. Por donde resulta que la relacion originaria se encuentra aquí invertida, pues en aquella el hombre era la sustancia y el conjunto de sus bienes el accidente, y en ésta, por el contrario, los bienes son el elemento esencial y persistente del cual cada propietario es sucesiva y solo por tiempo poseedor.

Hasta aquí he considerado los bienes como único objeto

(*a*) Estoy lejos de pretender que desde los primeros tiempos hubiesen los romanos concebido y establecido este principio bajo su forma abstracta; pero la práctica nos proporciona una ocasion de juzgar si se ha comprendido ó no su verdadero sentido, que es el punto referente á las obligaciones y las deudas que dependen de una sucesion. Las prescripciones de las Doce Tablas sobre este asunto eran tan sábias y tan completas, que la ciencia del derecho en su mayor desarrollo no hubiera podido modificarlas en nada. Así es que los redactores de las Doce Tablas tenian ya una idea precisa de la *successio per universitatem*, Cf. L. 6, C. fam. herc. (III, 36), L. 25, § 9, 13, eod. (X, 2), L. 7, C. de her. act. (IV, 16), L. 26, C. de pactis (II, 3).

(*b*) En Gayo, y por consiguiente en las Instituciones de Justiniano, el lugar asignado á la sucesion ha sido determinado exclusivamente por este punto de vista. El vicio de su incompleta clasificacion se manifiesta en que representa la succsion como medio de adquirir la propiedad, cuando en realidad su medio de adquirir se aplica igualmente á las obligaciones que á la propiedad.

(*c*) Por esta razon los autores modernos llaman á la herencia *universitas juris*, á cuya expresion se refiere más de un grave error sobre el fondo de este asunto (§ 56).

del derecho de sucesion, lo cual implica la exclusion de las relaciones de familia, de modo que la herencia comprende la propiedad y las obligaciones y no comprende el matrimonio, ni el poder paterno, ni el parentesco; pero ligándose las instituciones artificiales del derecho de familia al derecho que rije los bienes, siguen aquellas la suerte de este derecho (§ 55); y así, la herencia comprende los esclavos como á los demás elementos de propiedad y á los colonos, en virtud del dominio que á ellos se refiere.

El derecho de sucesion completa el organismo jurídico extendiéndolo más allá de la vida del indivíduo. Comparado con el derecho de bienes, más arriba definido, nos aparece, no como inferior, sino como coordenador. En el punto de vista en que nos hemos colocado, el conjunto del derecho de bienes se divide en dos partes: una contemporánea y otra sucesiva. La primera abraza todas las condiciones, segun las cuales un indivíduo puede regular sus bienes durante un determinado tiempo (el derecho de las cosas y el derecho de las obligaciones); y aunque en dicho intervalo pueden ocurrir diferentes modificaciones, estos son accidentes extraños á la esencia de los bienes. La segunda nos manifiesta la modificacion que sufre como consecuencia necesaria de la muerte del propietario, pues su personalidad formaba la base y el contenido mismo de la relacion de derecho.

§ LVIII.—*Ojeada general sobre las instituciones de derecho.*

En la exposicion sistemática que precede he clasificado las instituciones de derecho segun sus caractéres esenciales, es decir, segun sus relaciones orgánicas con la naturaleza misma del hombre; toda otra relacion, comparada con estos caractéres esenciales, nos aparece como secundaria, y no debe figurar como base de un sistema general de derecho. Entre las relaciones secundarias se presenta, en primer lugar, el objeto de las relaciones de derecho, es decir, la cosa sometida á nuestra voluntad (*a*); pero tal relacion solo tiene realidad cuando se considera el imperio de la voluntad como la

---

(*a*) En este sentido, el objeto del derecho está muy bien definido por Puchta, Rhein, Museum, vol. III, p. 298.

base fundamental de relaciones jurídicas, en cuyo caso ha de preguntarse naturalmente por el objeto sometido á este imperio. Puede, pues, admitirse esta relacion como una subdivision del derecho de bienes (§ 56), no como division principal, puesto que no se refiere al derecho de familia (§ 54). Otra relacion secundaria es la de la persona investida de un derecho respecto de otros sujetos, pues unas veces liga este derecho á todas las personas extrañas, otras obliga solamente á determinados indivíduos. Bajo este punto de vista, por consiguiente, parece que deben clasificarse las instituciones de derecho de la siguiente manera:

1.ª Respecto de todos los hombres: derechos reales y derechos de sucesion.

2.ª Respecto de indivíduos determinados: relaciones de familia y obligaciones.

Muéstrase aquí entre la familia y las obligaciones una analogía aparente que ha engañado á más de un autor, y la causa del engaño ha sido el desconocimiento de que la relacion entre los indivíduos es de naturaleza enteramente distinta en uno que en otro caso, puesto que en la obligacion se trata de la sumision parcial de un indivíduo á otro, y en la familia de una relacion natural-moral, y tambien jurídica, que une para siempre á los indivíduos, de modo que la relacion de derecho, en vez de concretarse á la sumision parcial de un indivíduo, constituye un lazo familiar que todos los hombres deben respetar y reconocer (§ 54). Así, pues, no existe en este asunto una afinidad real, sino solamente una analogía pasajera y exterior (*a*).

Segun la clasificacion anteriormente establecida, y elimi-

(*a*) Se interpretaria mal mi pensamiento si se creyese que considero á la familia formando un lazo menos estrecho entre los indivíduos que el de las obligaciones. La familia, por el contrario, afecta al hombre enteramente en las profundidades de su sér, mientras que la obligacion solo atañe al exterior del indivíduo obligado á los actos que pueden considerarse como fuera de su persona (§ 56); no es, pues, menos estrecho que el de las obligaciones el lazo establecido por la familia: es solo de una naturaleza diferente. El dominio y la dependencia, que constituyen la esencia de la obligacion, son demasiado materiales en relacion con la esfera de donde emana el principio de la familia.

nando todo lo que es extraño al derecho romano actual, hé aquí el órden segun el cual nos aparecen las instituciones del derecho:

Matrimonio.......	Derecho de familia puro.
Poder paterno...	
Parentesco........	
Tutela..............	

Derecho de las cosas ó propiedad y *jura in re.*
Obligaciones.
Derecho de familia aplicado.
Sucesiones.

Falta ahora saber si es posible y conveniente estudiarlas en el mismo órden, ó, en otros términos, si el órden natural en que las percibe nuestro espíritu es tambien la mejor clasificacion para un tratado. Y desde luego nos encontramos con la siguiente objecion capital: indudablemente que no se puede separar el derecho de familia aplicado del derecho de familia puro haciendo una subdivision del derecho de bienes; la realidad viva de las relaciones de familia aparecerá más clara si despues de haber estudiado esta institucion pasamos inmediatamente á la influencia que ejerce sobre los bienes; y de aquí la necesidad de colocar despues del derecho de bienes el derecho de familia. En efecto; sin una exposicion del derecho de las cosas y de las obligaciones, ¿cómo comprender la influencia de la familia sobre los bienes? Por último, el derecho de sucesion resultaria ininteligible si no se le diera por base la exposicion completa y detallada de la familia. Hé aquí en su consecuencia la clasificacion más sencilla y propia dado el fin de mi obra:

Derecho de las cosas.
Obligaciones.
Derecho de familia (puro y aplicado).
Sucesiones.

Una vez establecido el contenido y la clasificacion de mi tratado, parece que deberia seguir inmediatamente la exposicion del derecho de bienes; pero ahora nos sale al paso una parte general de una vasta extension que la mayoria de los autores reconocen como necesaria, tratando ordinariamente en ella de las diversas instituciones que no encuentran lugar oportuno en el conjunto del sistema. Este método, que

se ha considerado como un remedio extremo, ha sido muy vivamente criticado; ¿pero en principio, se le podria justificar y en su consecuencia establecer los verdaderos límites de su aplicacion?

Al exponer de una manera completa las instituciones del derecho, es decir, abrazando el conjunto mismo de sus partes constitutivas, hemos de encontrar necesariamente muchos elementos que, si bien acaso modificados, se encuentran tambien en otras instituciones, y en este sentido nos han de aparecer la naturaleza de los séres sujetos del derecho, y particularmente sus diversas capacidades jurídicas, el orígen y resolucion de las relaciones de derecho y, por último, las garantías contra su violacion; garantías que modifican los derechos mismos, pues, en efecto, no hay institucion alguna respecto á la cual no ocurran estas cuestiones y no deban resolverse. Es verdad que se podrian repetir todas á propósito de cada institucion, pero ni el lector ni el autor podrian soportar tales repeticiones; tambien cabria exponerlas completamente al tratar de la primera institucion que, segun la clasificacion que adopto, seria al tratar de la propiedad, y despues remitir al lector á esta exposicion; pero en este método habria arbitrariedad y falta de proporcion; por otra parte, el verdadero carácter de estos elementos comunes á muchas instituciones se percibe mucho mejor en sus relaciones mútuas. Las referidas consideraciones deben decidirnos á tratar en capítulo aparte dichos elementos comunes antes de exponer las diversas instituciones de derecho, lo cual nos permitirá, al tratar de cada una de ellas, referir sus modificaciones á esta base general.

Dicho método puede ciertamente conducirnos á exponer, bajo un falso concepto, la realidad de las cosas, dando apariencia de generalidad á tal ó cual institucion que, por su naturaleza, solo admite una aplicacion concreta, como por ejemplo, si se coloca en la parte general la materia de intereses y de la solaridad que sólo pueden referirse á las obligaciones; y si es difícil cometer un error semejante, se puede fácilmente hacerlos figurar en la exposicion general de los principios especiales, y esta alteracion de su verdadero carácter, difícil de percibir, convertirse en una fuente de errores. Debe, pues, evitarse con el mayor cuidado el dar apariencia de generalidad á una doctrina especial, confundiendo así los lími-

tos que separan estos dos órdenes de materias. El espíritu de abstraccion mal encaminado ha sido para la ciencia del derecho causa de numerosos errores, y nada favorece más estas vanas tentativas que el establecimiento de una generalidad arbitraria y condenada por la crítica. Pero si el temor de este peligro nos advierte para no dar una extension exagerada á la parte general, seria caer en el exceso opuesto desconocer la generalidad verdadera de una doctrina ó de un principio: aquí, como en lo demás, un exquisito tacto debe dirigirnos entre ambos escollos.

Acaso hubieran existido menos incertidumbres y controversias sobre este punto, si se hubiese considerado siempre claramente la diferencia que existe entre los diversos medios de comunicar la ciencia; así, en un curso de Instituciones se procura llegar lo más pronto posible á los detalles, con el fin de iniciar al oyente en el conocimiento concreto de todas sus partes; en un curso de Pandectas se pueden permitir más generalidades, sin temor de que el oyente no se encuentre en estado de interesarse por ellas y de comprenderlas; pero un autor puede permitirse más todavía, porque la mayoría de los lectores se servirán de su libro para reconstruir, comprobar y rectificar los conocimientos concretos anteriormente adquiridos.

§ LIX.—*De los diversos sistemas de clasificacion del derecho.*

No entra en mi plan examinar la manera segun la cual cada autor ha concebido el encadenamiento de las instituciones del derecho y el órden en que las ha presentado; su apreciacion excede en parte de los principios que he tratado de establecer; sin embargo, creo de mi deber el señalar un capital error en esta materia. Cuando se pretende abrazar el conjunto de las relaciones de derecho tal como funcionan en la vida real, no basta conocer el contenido de cada una de estas relaciones y su actual estado, sino que es preciso además estudiar el desarrollo de su organizacion; es decir, además del elemento permanente, la parte móvil de u naturaleza, lo que comprende su orígen, su disolucion, sus desenvolvimientos, sus trasformaciones posibles, y sobre todo, la represion de sus violaciones. Ahora bien; estas diferentes fases

de la vida orgánica de las relaciones de derecho se han considerado frecuentemente como derechos nuevos, al mismo nivel que las relaciones originarias, y se ha tratado de saber el lugar que debian ocupar en el edificio del derecho (*a*), constituyendo un falso método que confunde todas las ideas.

Aunque no me propongo examinar las diversas clasificaciones del derecho, existe, sin embargo, una que merece ser exceptuada: me refiero á la clasificacion seguida en las instituciones de Justiniano. Durante muchos siglos la han adoptado, al menos en la apariencia, tantos jurisconsultos, consagrando tantas obras á sus principios, que ha adquirido una gran autoridad histórica; y si yo opto por otra distinta, debo justificar mi eleccion, ó siquiera, dar las razones de ella (*b*). Nosotros sabemos que esta clasificacion, atribuida otras veces á Justiniano, es de Gayo, del cual Justiniano no se separa nunca, á menos que no se vea obligado á ello por una modificacion sobrevenida en el derecho mismo, y en su virtud, vamos á considerar esta clasificacion bajo un doble punto de vista: en cuanto á su orígen y al crédito de que gozaba y en cuanto á su valor intrínseco.

Respecto al primer punto, á saber, su carácter histórico, se ha pretendido á menudo, ó al menos admitido implícitamente que, entre los romanos, era costumbre muy antigua la de referir las reglas del derecho á tres clases de objetos: *persona*, *res*, *actio* (*c*), y que por esto todos, ó casi todos

---

(*a*) Así se ha hablado del derecho perteneciente al hombre, del de expresar su voluntad, de contraer matrimonio, de obligarse, de adquirir propiepad, de intentar una accion, de reclamar una restitucion, etc.

(*b*) Hugo ha tratado este asunto con predileccion y profundidad en los escritos siguientes: Civ. Magazin, tomo IV, p. I, IV (1812); tomo V, p. XV (1825), t. VI, p. XV (1832); Encyclopädie, 8.ª ed, p. 60-65 (1835). Entre los autores modernos citaré tambien á Düroi, Archiv. für civilist. Praxis, t. VI, p. 432-440.

(*c*) De este modo es como debe entenderse la division, porque se lee en Gayo, I, § 8: «Omne *jus quo utimur* vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.» Lo cual concuerda con el § 1: «Populus itaque Romanus partim suo propio, partim communi omnium hominum *jure utitur*.» *Persona*, *res*, *actio*, son, pues, para Gayo el objeto de las reglas del derecho, ó segun una fraseología muy conocida, una division del derecho objetivo, no del derecho subjetivo.

los jurisconsultos romanos habian seguido esta division en sus tratados (*a*). Y en efecto, el derecho romano nos ofrece ciertos tipos de ideas cuyo imperio y antigüedad se comprueban por una fraseología constante y uniforme; citaré, por ejemplo, *vis, clam, precario*, las tres clases de dependencia *potesta, manus, mancipium*, las tres *capitis deminutiones* y las tres clases de personas *cives, latini, peregrini*. No podria dudarse que estas ideas tuvieron profundas raíces en el espíritu de la nacion y que han influido sobre la teoría del derecho; y si pudiera atribuirse una autoridad y una antigüedad semejantes á la division en *persona, res, actio*, su enlace con el contenido del derecho romano tendria entonces una incontestable importancia; pero, ¿qué fundamento tiene tal hipótesis? Ni un solo hecho histórico viene en su apoyo, y además diversas circunstancias parecen contradecirla; así es que incluso Gayo, en una obra del mismo género, las *res quotidianæ*, habia adoptado una division diferente, y las instituciones de Florentino, en donde, segun el título, deberia esperarse encontrar el plan de las instituciones de Gayo, ofrecen una clasificacion diferente (*b*). No existe, pues, motivo alguno para mirar la division de Gayo como generalmente adoptada; debemos más bien considerarla como una idea particular de este jurisconsulto, y por consiguiente, desposeida de la importancia histórica que se le ha querido atribuir (*c*).

(*a*) Hugo creyó primeramente que esta division era comun á todas las obras de los jurisconsultos romanos que llevaban el título de *Instituciones*, y más tarde consideró este punto como dudoso, Civil. Magazin, tomo V, p. 403, 404, tomo VI, p. 286, 287, 337.

(*b*) Göschen (Zeitsch. f. gesch. Rechtsw., tomo I, p. 74-76).

(*c*) Hugo, Civil. Magazin, tomo V, p. 417, tomo VI, p. 284, para dar á esta division un antiguo orígen histórico, toma un camino diferente. Dice que es preciso referirla, no á la ciencia del derecho, sino á un principio filosófico adoptado por los jurisconsultos, segun un escritor que no era jurisconsulto; pero esta explicacion, fuera de su carácter puramente hipotético, es más bien contraria que favorable á los que consideran tal division como comun á todos los jurisconsultos romanos, pues, en efecto, se comprenderia fácilmente que un autor adoptase una idea arbitraria extraña á la ciencia del derecho, pero no se comprende de igual modo, que todos los jurisconsultos se pusieran de acuerdo para seguirla.

Síguese ahora ocuparnos del mérito intrínseco de la division, y ante todo conviene precisar su verdadero sentido, pues sobre él los jurisconsultos modernos están menos de acuerdo de lo que pudiera creerse.

¿Qué es lo que contiene la primera parte de ellas, *de personis*? Creen muchos autores que contiene la doctrina del *status*, y por consiguiente, segun el sentido que ellos dan á esta expresion, los principales estados de las personas consideradas como sujetos del derecho, es decir, la doctrina general de los sujetos del derecho. Dividen estos estados en naturales y civiles; los primeros son la edad, la salud, etc.; los segundos se refieren á las condiciones requeridas para la capacidad de derecho, y son la libertad, el derecho de ciudad, el hecho de ser *sui juris*, denominados por ellos *status principales*. Pero evidentemente, ni tal teoría del *status*, ni su clasificacion, se encuentran en el primer libro de Gayo y de Justiniano; y aunque pudiera creerse que esta opinion no ha hecho más que rectificar y completar la clasificacion de Justiniano, resulta con igual evidencia que no podria justificarse la aplicacion de dicho punto de vista histórico. Más lógica y precisa es la opinion de Hugo, el cual sostiene que la primera parte (*de personis*) abraza la doctrina de la capacidad de derecho y establece las tres condiciones á que responde la triple *capitis deminutio* (*a*); pero el contenido real del primer libro de Gayo y de Justiniano rechaza tambien esta suposicion, una vez que la tercera *divisio*, consagrada á la tutela, nada tiene de comun con la capacidad de derecho, pues la tutela no se refiere

---

(*a*) Civil. Magazin, tom. IV, p. 20-21, 235-237. Otros, como Mühlenbruch, I, § 78, buscan un término medio y dicen que el derecho de personas abraza á la vez el *status* y las relaciones de familia; pero esta reunion de dos objetos, entre los cuales no existe ningun lazo necesario, es cuando ménos muy sospechosa. Düroi, archiv. tom. VI, p. 437, dice que el *status* y la *conditio* expresan ciertas distinciones importantes, si bien en realidad no tienen caractéres comunes; pero seria hacerles poco honor á los jurisconsultos romanos el atribuirles tanta ligereza y arbitrariedad. Düroi cuenta entre las distinciones la de *cives*, *latini*, *peregrini*, que, sin embargo, no figura como tal en el primer libro de Gayo ni en el de las Instituciones de Justiniano.

la falta de esta capacidad ni á los medios de suplirla (*a*), y además habia que incluir la distincion entre los *cives*, *latini*, *peregrini* (*b*) para completar las tres condiciones fundamentales de la capacidad de derecho. Resulta, por consiguiente, que el primer libro de las Instituciones contiene bajo un punto de vista más ó ménos bajo otro de lo afirmado por Hugo, por lo cual rechazo su sistema como inadmisible.

Examinando más atentamente lo que contiene en realidad el primer libro de las Instituciones, aparece que abraza, próximamente, lo que yo he designado con el nombre de derecho de familia; pues en efecto, las materias de que trata, son: el matrimonio, el poder paterno, la *manus*, la esclavitud, el patronato (es decir, los manumitidos y sus diferentes clases), el *mancipium* y la tutela (*c*); y por otro lado no habla de los *cives*, *latini*, *peregrini*, á pesar de la importancia que tienen estas cualidades para la capacidad de derecho, sin duda bajo el concepto de que esta materia pertenece propia-

---

(*a*) La tutela no tiene otro objeto que el de suplir la incapacidad de obrar. De esta manera la representa Hugo, Rechtsgeschichte, p. 120, 11.ª edicion.

(*b*) La causa del error sobre este punto ha sido que Gayo reproduce de pasada esta division de las personas, con ocasion de otras instituciones, y principalmente del *connubium* (I, § 56), de la *causæ probatio* (I, § 66 y sig.), del testamento militar (II, § 110), y con más extension, con motivo del patronato, cuando trata de las tres clases de manumitidos y del derecho peculiar á cada una de ellas (I, § 12 y sig.), y pudiera creerse que Gayo ha querido definir esta division en cada uno de estos tratados; pero es indudable que sólo se propuso indicar una particular aplicacion de la division general; y decir que en tiempo de Gayo esta aplicacion era la más importante, seria equivocacion lamentable. Los millones de *peregrini*, libres por nacimiento, que habitaban las provincias, tenian ciertamente más importancia que los *dedititii*; por otra parte, los latinos, igualmente libres por nacimiento, debian ser tambien muy numerosos, pues la latinidad concedida por Vespasiano á la España entera (Plinio, Hist. nat., III, 4) no se perdió hasta que fué conferido por Caracalla el derecho de ciudad á todos los súbditos del imperio.

(*c*) No se me puede objetar que Justiniano ha omitido de entre dichas instituciones las que han caido en desuso, porque nada ha añadido en este punto.

mente al derecho público, por más que influye tambien despues sobre el derecho privado. El parentesco, que yo considero como una rama de la familia, es el único que falta en el primer libro de las Instituciones; pero la diferencia es demasiado lijera para que se dude de la identidad que en su generalidad tienen los dos puntos de vista; y por lo demás, los rigoristas pueden cercenar el parentesco de la exposicion del derecho de familia entre los romanos, y entonces existirá una perfecta concordancia entre el contenido del derecho de familia y el del primer libro de las Instituciones *(a)*. Si Gayo no presenta estas materias con el mismo encadenamiento y bajo el nombre de familia, expresion que no existia en el lenguaje técnico de los romanos, nada hay en esto que contradiga mi asercion, que me parece confirmada indirectamente por el sentido de ciertos textos. Así, *status et conditio hominum* no designan un estado indeterminado del hombre, sino su posicion especial como indivíduo en las relaciones de familia como esposo, padre, tutor (§ 54, nota *e*); *jus personarum* tiene, en mi concepto, el mismo sentido, pues los jurisconsultos romanos emplean esta expresion como sinónima de las que le preceden; de manera que *jus personarum* no designa, como *jus publicum* y *jus privatum*, una parte de la teoría del derecho, sino las diversas relaciones del indivíduo con la familia, ó empleando una fraseología moderna muy conocida, *jus personarum*, se aplica al derecho subjetivo y no al derecho objetivo. (Véase apéndice núm. VI).

El límite entre las otras dos partes, á saber: de *rebus* y de *actionibus*, es asunto todavía más controvertido (*b*), pues

---

(*a*) Cuando, imitando á Gayo y Justiniano, los autores modernos no incluyen el parentesco entre las relaciones de familia, se muestran asaz inconsecuentes, puesto que al tratar de la *capitis deminutio*, dan á la agnacion una gran importancia. Más adelante insistiré sobre este asunto.

(*b*) Los autores modernos las llaman ordinariamente *jus rerum* y *jus actionum* por analogía al *jus personarum*. Esta fraseología era desconocida de los jurisconsultos romanos, y aunque parezca cosa fútil é indiferente, es preciso rechazarla por estar fundada en una falsa analogía. La expresion *jus personarum* no designa una parte del derecho, sino una clase de relaciones jurídicas, peculiar á las personas, relaciones que no existen tratándose de las acciones y de las cosas.

unos dicen que las obligaciones forman el principio de la tercera parte, como introduccion á las acciones que de ellas se derivan, y otros colocan las obligaciones al fin de la parte primera con el título de *res, res incorporales* (*a*).

En apoyo de la primera opinion se invoca principalmente el testimonio de Teófilo (*b*), que efectivamente adopta el sentido de ella, y tendria gran valor, como perteneciente á uno de los redactores de las Instituciones, si el plan de éstas fuese original; pero como Justiniano lo ha tomado de Gayo, el testimonio de Teófiilo no tiene valor histórico, á menos que se suponga, sin razon alguna, que Gayo refiere las obligaciones á la tercera parte (*de actionibus*) y que Teófilo hubiese tomado el concepto de un antiguo jurisconsulto (*c*).

Descartado el testimonio de Teófilo, como insuficiente para resolver la cuestion, y examinando el asunto en sí mismo, resulta que los partidarios de la primera opinion se ven obligados á clasificar de la manera siguiente los objetos que constituyen las tres partes: personas, cosas, obligaciones, con los actos de donde ellas proceden (*d*); en cuyo caso la tercera parte tendria por objeto especial el derecho de obligaciones, al cual las acciones se referirian como apéndice y complemento; lo que carece de armonía y proporcion con el espacio consagrado á la materia de las acciones y seria además contrario á los principios de Gayo, quien indica que las acciones, y no las obligaciones, forman el objeto de la tercera parte, que es tambien como lo entiende Teófiilo cuando

(*a*) Esto, al menos, está más conforme con el espíritu del derecho romano que la clasificacion seguida en el Código civil, en donde, por ejemplo, se enlazan las obligaciones con la propiedad, cuando resulta con frecuencia de las obligaciones.

(*b*) Hugo, Civ. Magazin, tomo IV, p. 17, tomo V, p. 399 que ha tratado este asunto de la manera más completa en los escritos arriba citados (nota *b*), nos da sobre este punto datos literarios de gran precio.

(*c*) Hugo. Civ. Magazin, tomo V, p. 404, tomo VI, p. 337; sin embargo, reconoce que Teófilo ha podido comprender y reproducir mal la antigua doctrina, al menos en lo que toca á la referencia de las obligaciones á la tercera parte, y que los redactores de las Instituciones han podido no precisar bien este punto (Encyclopädie, p. 63).

(*d*) Hugo, Civ, Magazin, tomo IV, p. 49, tomo V, p. 417 Encyclopädie, p. 60, 61.

coloca á las obligaciones como introduccion á las acciones. Considero, por tanto, más verosímil la opinion de los que incluyen en la segunda parte (*de rebus*) lo que yo llamo derecho de bienes (el derecho de las cosas y el derecho de las obligaciones), y consideran la tercera parte como consagrada únicamente á exponer las acciones ó la persecucion de los derechos, en el sentido de que, si bien hubiera podido Gayo hacer un libro para cada una de estas partes, habiéndose encontrado con que la segunda era tan extensa como las otras dos juntas, prefirió dividir su obra en cuatro libros, consagrando dos á la segunda parte. Por lo demás, este debate sobre el lugar que deben ocupar las obligaciones tiene para la clasificacion general del derecho menos importancia de lo que comunmente se cree. Se reconoce, en efecto, que Gayo trata sin interrupcion todas las materias del derecho de bienes; se reconoce igualmente que la tercera parte comprende el derecho de las acciones y muchas materias del derecho de procedimiento; por tanto, la cuestion se reduce á saber si la segunda parte (*de rebus*) abraza todo el derecho de bienes, del cual serian las obligaciones el último capítulo, ó si entran en la tercera parte (*de actionibus*), de la cual serian la introduccion.

Si tratamos ahora de examinar el mérito intrínseco de esta clasificacion, hallaremos que en su conjunto está conforme con la realidad de las cosas, pero que es poco satisfactorio en el pormenor de sus aplicaciones. Asigna, en efecto, lugar muy secundario á diversas instituciones capitates, así es que el matrimonio no figura sino como el orígen del poder paterno, cuando deberia ser formalmente reconocido en sí mismo; así tambien el derecho de sucesion se expone literalmente como medio de adquirir la propiedad, cuando éste derecho puede aplicarse aunque no haya propiedad que trasmitir. El abuso de la forma lógica de las divisiones, que ha conducido al autor á más de una transicion forzada (*a*), consti-

(*a*) Así, por ejemplo, la primera parte contiene tres *divisiones*, y la tercera de ellas está de esta manera concebida: «Todos los hombres están en tutela ó fuera de tutela, y por esta razon vamos á ocuparnos ahora de la tutela;» medio de introduccion que podria aplicarse al

tuye á su vez un defecto. Pero las imperfecciones en la forma en nada influyen sobre el fondo de la obra, cuya riqueza de materiales y eminencia de su mérito debe reconocer todo amigo de la ciencia. Ningun motivo nos obliga, sin embargo, á imitar servilmente los defectos reconocidos, y podemos, sin presuncion y sin orgullo alguno, intentar una exposicion más racional de los materiales históricos del derecho romano, presentándolos bajo otra forma que la adoptada por Gayo. Por lo demás, sus dos divisiones principales, el derecho de familia y el derecho de bienes, se encuentran tambien en mi clasificacion, y no abandono su método sino para precisar mejor la subdivision de las materias (*a*).

---

contrato de venta, y decir por ejemplo: «todos los hombres han hecho contratos de venta ó no los han hecho;» ó bien: «todos los contratos son contratos de venta ó contratos de otra clase, de donde se sigue que nos ocupemos ahora del contrato de venta.»

De aquí tambien la singularidad de ver figurar á los esclavos en la primera y despues en la segunda division, sin que ningun nuevo principio de derecho justifique este procedimiento. La primera mencion no es más que aparente, y sirve solo de transicion para llegar á las diferentes clases de emancipados, y de esta manera á las relaciones que resultan del patronato; en otros términos, la division de los *liberi* y de los *servi*, solo está allí para motivar la subdivision de los *ingenui* y de los *libetini*, único objeto que tuvo en vista el autor en este pasaje. La doble mencion de los esclavos ha procurado defenderse diciendo que el primer texto de Gayo se aplica á la *potestas*, y el segundo al *dominium in servos*, cosa que es evidentemente inexacta: la materia que se trata en el primer texto no se refiere en nada á los esclavos considerados en sí mismos.

(*a*) Hugo mismo, á pesar de su entusiasmo por esta clasificacion, á la que atribuye una autoridad tradicional que no me parece justificada históricamente, reconoce que, segun los principios del derecho y, sobre todo, segun las necesidades de los tiempos modernos, convendría adoptar una clasificacion distinta de la establecida en las Instituciones, y la que propone concuerda en general con la mia. Civil. Mag., tomo V, p. 397, tomo VI, p. 284-287. La diversidad de opiniones que existe entre nosotros, es en el fondo mucho menor de lo que pudiera creerse á primera vista, y me complazco en reconocer que la primera idea de mi clasificacion, idea que he tratado de desenvolver y profundizar por mí mismo, me fué inspirada por las Instituciones de Hugo (Berlin 1789).

No debo olvidarme de advertir que se atribuye generalmente una importancia exajerada á las formas de la exposicion científica, formas que en realidad no son indiferentes, pero que debemos cuidar de no equivocarnos sobre lo que tienen verdaderamente de esencial. Cuando una exposicion dogmática del derecho destruye la unidad real de las instituciones, reune elementos enteramente distintos, perturba la armonía de las instituciones y altera por esta confusion su valor respectivo, es evidente que se emplea un método vicioso que oscurece el asunto mismo y se convierte en un obstáculo para su inteligencia; pero si el autor ha sabido evitar este peligro debe juzgarse con indulgencia el plan de su obra, aunque en él puedan señalarse algunas imperfecciones. En nombre de esta justa tolerancia hemos hecho notar los defectos de Gayo sin rehusarle nuestra admiracion; y en nuestros dias, en virtud del mismo principio, existen muchos sistemas de clasificacion que pueden vivir en buena inteligencia, cualquiera que sea á primera vista la diversidad de sus caractéres. Y adviértase que la tolerencia que recomiendo aquí no es la indiferencia respecto de las imperfecciones, sino un homenaje tributado á la independencia del espíritu humano en su individual desenvolvimiento; independencia sin la cual no existe vida verdadera para la ciencia.

Mencionaré tambien un principio general contenido en las fuentes del derecho, y que desde luego aparece como susceptible de servir de base á una clasificacion jurídica; lo coloco aquí en forma de apéndice, porque ningun autor moderno se ha servido de él con este objeto; me refiero á los tres *juris præcepta*, así definidos por Ulpiano: «*Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere* (*a*).» *Honeste vivere* es el mantenimiento de la dignidad moral del indivíduo, en cuanto á sus actos exteriores; *neminem lædere* es el respeto de los otros hombres en tanto que son personas, ó el reconocimiento de los derechos llamados originales; por último, *suum cuique tribuere* es el reconocimiento de los derechos adquiridos de nuestros semejantes (*b*).

(*a*) L. 10, § 1 de jus. et jure (I, 1), § 3, J. eod. (I, 1).

(*b*) Han dicho muchos autores que el segundo *præceptum* se aplica á las personas, y el tercero á los bienes, lo cual es inexacto, puesto

Ahora bien; ¿son estas efectivamente reglas de derecho tal como pueden darlo á entender las expresiones de Ulpiano? Aunque dichos preceptos, con excepcion del primero, parezcan reglas de derecho, no son en realidad mas que principios de moral propios para fundar reglas jurídicas; así es que el tercer precepto es evidentemente la ley moral de la justicia, idéntica al conjunto de los derechos adquiridos para su accion y ejercicio (*a*). Resulta igualmente que muchas de las reglas de derecho más importantes se derivan del segundo precepto; y por último, el primer precepto, cuyo carácter parece muy dudoso, no deja de ser una regla jurídica, un verdadero *juris præceptum* en el sentido que lo entiende Ulpiano. De este principio se desprenden, en efecto, todas las leyes protectoras de las *boni mores* y represivas del *turpe* (*b*), y á él se refieren tambien las numerosas reglas de derecho que tratan de la lealtad y de la sinceridad como caractéres inherentes á los contratos; y de aquí la gran influencia ejercida por el dolo en las materias del derecho privado. Puede decirse de estas últimas reglas que pertenecen al mismo tiempo al primero y al segundo precepto, pues cada uno de ellos, aisladamente considerados, le sirve de justificacion. Los tres *præcepta* de Ulpiano no son, por consiguiente, reglas jurídicas, sino principios generales propios para fundar otras tantas categorías para las reglas de derecho, categorías que no deberán tomarse nunca como base de una clasificacion jurídica.

---

que el respeto debido al matrimonio y al poder paterno de otro es consecuencia del tercer precepto, que ninguna relacion tiene con los bienes, y la prohibicion del homicidio forma parte del segundo.—Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems, (Principios del sistema del derecho). § 42 y sig., explica á su manera los tres preceptos: dice que el primero responde al *jus publicum*, el segundo al *jus privatum*, el tercero al derecho mixto de las acciones. Cf. § 16, *o*.

(*a*) Hé aquí por qué se define ordinariamente la *justitia* como *voluntas, jus suum cuique tribuendi*, sin hablar de los dos primeros *præcepta*. L. 10, pr. de J. et J. (I, 1). L, 31, § 1, depos. (XVI, 3), Ciceron, de invent., II, 53, de finibus, V, 23; Auct. ad Herenn., III, 2.

(*b*) De aquí resulta la nulidad de los contratos que tengan directa ó indirectamente por objeto un acto inmoral, de igual manera que la *condictio ob turpen causam*.

Para clasificar los tres preceptos segun su esencia, deberá ponerse á la cabeza el primero, como el más profundo, el más íntimo y el que contiene el gérmen de los otros dos; el segundo tiene un carácter exterior, que se manifiesta todavía más en el tercero; de manera que ambos pueden ser observados, abstraccion hecha de la moralidad del agente. Si se tiene en cuenta su respectiva importancia para el derecho, su relacion es completamente inversa; de modo que el tercero es la fuente más fecunda de reglas, despues el segundo, y luego el primero, todo lo cual resulta de la naturaleza misma del derecho que regula las exteriores relaciones de la vida comun (*a*).

(*a*) Weber, Naturliche Verbindlichkeit (Obligacion natural), § 98, ha expresado la misma opinion sobre los tres *præcepta*, y manifestado que no son reglas, sino otras tantas bases fundamentales de las reglas del derecho, solo que se ha contentado con exponer el principio sin hacer la explicacion á cada uno de los preceptos.

CAPÍTULO II.

DE LAS PERSONAS CONSIDERADAS COMO SUJETO DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

§ LX.—*Capacidad natural y sus modificaciones segun el derecho positivo.*

Todo vínculo de derecho descansa en una relacion personal, y el primero de sus elementos que habremos de examinar es la naturaleza de las personas, cuyas relaciones recíprocas son susceptibles de crear aquel lazo. Presentásenos, pues, la cuestion siguiente: ¿Quién puede ser sujeto de una relacion jurídica? Como se vé, hace referencia la pregunta á la posesion posible de los derechos, ó sea á la *capacidad de derecho*, no á la posibilidad de su ejercicio, ó sea la *facultad de obrar*, de la que habré de ocuparme en el capítulo inmediato (§ 106).

Las relaciones jurídicas suponen una persona determinada, ya frente á otra igualmente determinada, ya frente á todas, sin precisar ninguna de ellas en particular (§ 588). Ahora bien; la investigacion presente, dada su naturaleza, se aplica á las relaciones jurídicas que nacen entre personas determinadas; porque si se tratase de una puramente negativa, en la cual todos los hombres estuvieran colocados en presencia de uno solo, por ejemplo, de un propietario, cada cual se consideraria como capaz. Todo derecho es la sancion de la liber-

tad moral inherente al sér racional (§ 4, 9, 52) *(a)*, y por esto la idea de persona ó sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo indivíduo, y solo el indivíduo, tiene capacidad de derecho.

Verdaderamente que el derecho positivo—lo que va envuelto en la fórmula que precede—puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola ó ampliándola, de igual modo que negar á ciertos indivíduos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del indivíduo, crear artificialmente una personalidad jurídica. Principiaré, pues, consignando en este capítulo la nocion primitiva ó natural de la persona; expondré despues la doble modificacion que el derecho positivo le ha hecho sufrir, y por último, explicaré los modos diversos segun los cuales la relacion individual jurídica se liga á las personas determinadas.

§ LXI.—*Límites de la capacidad natural.*—I. *Su origen.*

La capacidad natural comienza en el momento mismo del nacimiento, esto es, desde que el indivíduo se ha separado completamente de su madre. Considerado este acto bajo su aspecto más importante, como condicion de la capacidad, comenzada entonces para el recien nacido y desde el derecho positivo mirados, los principales efectos que resultan del nacimiento, aun cuando la muerte sobrevenga inmediatamente, son: 1.°, romper el testamento del padre en el cual no se hacia mencion del nuevo hijo; 2.°, que la sucesion intestada del padre cede ante el nacimiento, devolviendo al hijo la herencia desde el momento en que viene á la vida, importando mucho, bajo este aspecto, la distincion entre el nacimiento real y aparente. En tal época, difícilmente podrian aparecer otros derechos para el recien nacido, y si surjen despues, no hay duda entonces sobre la existencia del hijo como criatura humana.

(a) L. 2. de statu hom. (I, 5): «Cum igitur *hominum causa omne jus constitutum* sit.; primo de personarum statu dicemus.»

Independientemente de su capacidad, la distincion entre el nacimiento verdadero y aparente tenia en el antiguo derecho romano un gran interés para la madre por las ventajas unidas á la procreacion de los hijos. Eran éstas de dos clases: las unas constituian un privilegio por excepcion á las reglas generales del derecho *(a)*; otras emancipaban á la madre de ciertas prescripciones de la ley. Las primeras aparecen como privilegios unidos á la procreacion de los hijos; las segundas como exenciones de las penas impuestas contra la esterilidad. Entre los privilegios se puede consignar el derecho de suceder á los hijos segun el senado-consulto Tertulliano; derogacion hecha en el sistema de las sucesiones intestadas, cuando la madre habia tenido tres hijos, y si era manumitida, cuatro *(b)*; el derecho de ciudad concedido á la mujer *latina* madre de tres hijos *(c)*, y finalmente, la emancipacion de la tutela establecida para la mujer en razon de su sexo *(d)*.

En lo que hace á las exenciones de pena, existe la regla importante segun la cual una mujer libre madre de tres hijos y una manumitida madre de cuatro, pueden recibir las sucesiones testamentarias, siendo exencion de pena tal ley porque antes de la de Julia, la capacidad de la mujer no estaba sometida á restriccion alguna.

Se podria creer que las condiciones del nacimiento verdadero eran siempre las mismas en cuanto á sus diversos efectos; pero en realidad eran menos rigurosas si se trataba de la exencion de penas, que si se referian á privilegios ó á la capacidad del hijo, sucediendo probablemente de este modo, porque las penas tenian en general un carácter odioso y se

---

(a) Esta era una de las materias del *jus singulare* definido § 16.

(b) § 2, 4, J. de Sc. Tertull. (III, 3); Paulo IV, 9, § I.

(c) Ulpian. III, § I, segun un senado-consulto.

(d) Gayo, I, § 194, 195. Ulpian. XXIX, § 3.—Muchos casos de exencion no tienen aquí su verdadero lugar, porque suponen vivo al hijo, ó por lo ménos, con tales condiciones, que ninguna duda surje sobre el carácter de su nacimiento. V. pr. J. *de excus.* (I, 25). Ulpian. III, § 3; XV, XVI, § I.—Para el padre la cuestion aparece rara vez, y aun entonces tiene menor importancia que tratándose de la madre. Un ejemplo con relacion al primero lo encontramos en Ulpian. XV: «et *quandoque liberos habuerint*, ejusdem partis propietatem.»

procuraba restrinjirlas tanto cuanto los términos de la ley lo permitian.

Este preliminar lo considerábamos necesario antes de comenzar el análisis de las condiciones esenciales del nacimiento verdadero, y son: 1.ª Que el hijo esté separado de la madre: 2.ª Que la separacion seá completa: 3.ª Que viva despues de esta completa distincion; y 4.ª Que el infante tenga las señales exteriores de una criatura humana.

1.° Que el hijo esté separado de la madre y viva una vez rota su union. Los medios empleados para obtener este resultado son indiferentes para el derecho, y así no se distinguen el nacimiento natural del obtenido por una operacion quirúrgica (*a*): una ley de los antiguos reyes ordena expresa-

---

(*a*) En cuanto á los derechos del hijo, no puede existir duda. L. 12, pro. de liberis (XXVIII, 2), «Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe etsi exsecto ventre editus sid: *nam et hic rumpit testamentum*, scilicet si nascatur in potestate.» L. 6, pr. de inoff. (V, 2). L. I, § 5, ad Sc. Tertull. (XXXVIII, 17).—Pero, ¿el nacimiento del hijo aprovecha á la madre? Ulpiano responde afirmativamente; L. 141 de V. S. (L. 16): «Etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere, quæ exciso utero edere possit.» Paulo responde de un modo negativo, L. 132, § I, de V. S. «Falsum est eam peperisse cui mortuæ filius exsectus est.» Ulpiano tuvo, sin duda, en cuenta las exenciones de pena: si una mujer madre ya de tres hijos entra á gozar de una sucesion testamentaria, y muerta en el parto se practica en ella la operacion cesárea, la sucesion se adquiere válidamente por la madre á consecuencia del nacimiento del tercer hijo. Por el contrario, Paulo tiene presentes los privilegios, y en su virtud, para él la mujer *latina*, madre despues de su muerte de un tercer hijo, no adquiere el derecho de *ciudad*, ni deja herederos. Se ha procurado destruir esta contradiccion combinando la, L. 141 citada con las L. 51, § I, L. 52 de leg. (XXXI, un.), y L. 61 de cond. (XXXV, I) medio violento, pero de ningun modo inadmisible. Véase con preferencia á Schulting, Notæ ad Digesta en la L. 141 citada. Para la interpretacion de estos textos, como de otros parecidos, los autores dan una importancia exagerada á la circunstancia de que todos estos fragmentos están tomados de los comentarios sobre la ley Julia, y aplicando los textos á los casos prevenidos en la ley, descuidan su exámen minucioso; método, como desde luego se observa, vicioso por más de un concepto, porque de una parte se sabe poco sobre el contenido de aquella, y de otra, los antiguos comentadores pudieron quizá, con ocasion de las disposiciones citadas, examinar otros casos análogos.

mente que despues de morir una mujer embarazada se abra su cuerpo á fin de salvar, si es posible, la vida del hijo (*a*); 2.° La separacion debe ser completa (*b*); 3.° Es necesario que el hijo viva despues de la separacion (*c*). Si, pues, durante un parto laborioso él hijo da señales de vida, pero muere antes de haber sido desprendido completamente de la madre, no ha llegado á tener nunca capacidad de derecho; y debe decirse con mayor razon que el hijo muere antes de haber comenzado el alumbramiento, bien sea porque éste se precipitase, como en el caso de aborto (*d*), bien que, cumplido el término normal de la gestacion, muriese estando todavía en la matriz (*e*). Es necesario que la vida sea reconocida como cierta, y para ello, pueden invocarse toda clase de señales. Antiguamente miraban muchos jurisconsultos como condicion indispensable que el hijo estuviese criado; pero Justiniano hubo de condenar formalmente esta opinion (*f*). El término de la vida es tambien un requisito sin valor, siendo suficiente para que el recien nacido tenga capacidad jurídica viva algunos instantes (*g*).

(*a*) L. 2, de mortuo infer. (XI, 8).

(*b*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29): «*perfecte* natus.....» «ad orbem *totus processit.*»

(*c*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29): «*vivus*..... natus est.»

Paulo, IV, 9, § I, «*vivos* pariant.» En este último texto no se trata de la capacidad del hijo, pero sí de un privilegio de la madre.

(*d*) L. 2, C. de posthumis (VI, 29). «Uxoris *abortu* testamentum mariti non solvi.»

(*e*) L. 129 de V. S. (L. 16). «Qui *mortui nascuntur*, neque nati, neque procreati videntur: quia nunquam liberi appellari potuerunt.» Este principio se aplica evidentemente, ya á la capacidad del hijo, ya á los privilegios de la madre, por ejemplo, al derecho de suceder segun el senado-consulto Tertuliano (Paulus IV, 9, § I): la inscripcion de este texto (Paulus libr. I, ad L., Jul. et Pap.) no nos autoriza para decidir cuál de estos dos casos habia tenido presente el jurisconsulto (nota *e*); pero el principio no se aplica, desde luego, á las penas impuestas á las mujeres sin hijos, como procuraré demostrarlo despues de hablar de los caractéres esenciales que constituyen una criatura humana (nota *s*).

(*f*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29).

(*g*) L. 3, C. de posthumis (VI, 29). «Licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit.» L. 2, c. eod.

4.° Finalmente, para tener capacidad de derecho, debe el infante presentar los signos característicos de la humanidad, apreciables extèriormente: no ha de ser, segun la frase romana, un *monstrum* ni un *prodigium* (*a*). Este requisito se exije para su capacicad cuanto para la obtencion de privilegios, no para la exencion de pena; diferencia que por lo demás destruye las aparentes contradicciones anteriores vistas en las fuentes. La regla está formalmente consignada con respecto á la capacidad del hijo y á un principio muy importante, el establecido por el senado-consulto Tertulliano (*b*); pero hay que añadir que una simple desviacion de las formas normales de la figura humana, v. gr., un miembro de más ó de menos, no es obstáculo á la capacidad ni al privilegio (*c*).

Los textos guardan silencio sobre los signos que servirian de base en el reconocimiento de una criatura humana; pero si juzgamos por analogía, parécenos que la cabeza debe presentar la forma humana (*d*). Si, por el contrario, se trata de la exencion de pena, se adopta un sistema de interpretacion favorable á la madre, y el infante monstruoso se le computa como perfecto, porque se le considera inocente de esta deformidad (*e*). Segun dicho principio, los hijos nacidos muertos

---

(*a*) L. 3, C. de Posthumis (VI, 29) «ad nullum declinans monstrum vel prodigium.»

(*b*) Paulus, IV, 9, § 3; L. 14, de statu hom. (I, 5) tomada de Paulus, libr. 4 sentent. Estos dos textos son idénticos; pero el de Paulo, transcrito en el Digesto, ha perdido su antigua significacion práctica, y, segun los principios del derecho justinianeo, afecta á la capacidad del infante.

(*c*) Miembros de más Paulus IV, 9, § 3, L. 14, de statu hom. (I, 5). Miembros de menos, L. 12, § I, de liberís (XXVIII, 2); «si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit.» La palabra *ostentum* comprende á la vez estos diversos casos y el de *monstrum*, L. 38 de V. S. (L. 16).

(*d*) L. 44 pr. de relig. (XI, 7). «Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est, *id est caput, cujus imago fit, unde cognoscimur* »

(*e*) L. 135, de V. S. (L. 16). (Ulpian., lib. 4, ad L. Jul. et Pap.) «...Et magis est, ut hæc quoque *parentibus prosint*: nec enim quod eis

se reputan como vivos para los efectos de la exencion de pena en la madre (*a*).

Estas cuatro condiciones son las únicas exigidas por nuestro derecho positivo para la capacidad natural: los jurisconsultos modernos añaden, sin embargo, una quinta, la viabilidad. Entienden por ella que un infante nacido antes del término, y muerto casi inmediatamente despues, no ha tenido nunca capacidad de derecho si su nacimiento prematuro no permite creer continuará viviendo. Mas tal opinion carece de todo fundamento jurídico, y, al contrario, debemos asentar el principio de que, una vez nacido, tiene completa capacidad de derecho, aun cuando muera á los pocos momentos de haber visto la luz y sea cualquiera la causa de su muerte (*b*).

§ LXII.—*Límites de la capacidad natural.*—I. *Su origen.*— Continuacion.

La capacidad natural comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica; pero antes de él hay un tiempo bastante largo, durante el cual el infante vive ya, si bien no por sí, dependiente é íntimamente ligado á la existencia materna. ¿Cómo considera esta vida el derecho? ¿Cuáles son en tal materia los verdaderos principios que deben rejirla? Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que, durante la gestacion, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre (*c*), mientras

---

imputetur, quæ, qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id, quod fataliter accessit, matri damnum injungere debet.» Despues de la palabra *prosint* es necesario sobreentender «*ad legum pœnas evitandas.*» Este medio tan natural de explicar la contradiccion aparente, ha sido adoptado desde antiguo. Eckhard, Hermeneut., § 199 y Walch.

(*a*) Véase más arriba nota *e*. pág. 276. Aún hay más: el nacimiento de tres gemelos basta para la exencion de penas. (L. 137 de V. S. Paulus, lib. 2 ad L. Jul. et Pap.), mientras que para ser admitido al beneficio del senado consulto Tertuliano, era necesario que la madre hubiera sufrido tres partos consecutivos. Paulus IV, 9, § I, 2, 8.

(*b*) Esta cuestíon se trata ámpliamente en el Apéndice III.

(*c*) L. 9, § I ad L. Falc. (XXXV, 2) «...partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.»—L. I, § 1, de inspic. ventre (XXV, 4): «...partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.»

que otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido (*a*). Esta última regla, atentamente considerada, hace desaparecer toda contradiccion. La primera expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficcion que no puede aplicarse sino á un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite. Si, pues, presentando la cuestion en general, se pregunta cuál es la capacidad del no nacido aún, la solucion es evidente: no tiene capacidad alguna, porque ni puede rejir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representacion sea necesaria ó posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo (*b*). La ficcion, por el contrario, se ocupa de la vida futura del infante, y lo hace bajo un doble concepto: le proteje por la sancion de las leyes y le marca los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento, y de este modo creada en su interés, á él solo tambien aprovecha (*c*). Su vida está amparada por leyes penales y de policía: las primeras castigan á la madre que intenta el aborto (*d*) y á aquellos que le favorecen en su propósito (*e*); las segundas cuentan entre sus prescripciones la ley real que ordena, una

---

(*a*) L. 26 de statu hom. (I, 5): «Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.»—L. 231 de V. S. (L. 16): «Quod dicitur, *eum, qui nasci speratur, pro superstite esse* tunc verum est, cum de ipsius jure quæritur: aliis autem non prodest nisi natus.» Los autores modernos explican así este principio: Nasciturus habetur pro nato.

(*b*) L. 161. de V. S. (L. 16). «Non est pupillus qui in utero est.»—L. 20. pro. de tutor et curat. (XXVI, 5). «Ventri tutor á magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est.»

(*c*) L. 231. de V. S. (nota *a*, pág. 279).—Ley 7 de statu hom. (I, 5.) «Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset; custoditur, quoties de commodis ipsius partus agitur: quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.» Así, la mujer embarazada de un tercer hijo que acabara de perder uno de los anteriores, no era admitida al beneficio del senado consulto Tertuliano, en tanto que lo habria sido, si el que estaba para nacer, se considerase como vivo.

(*d*) L. 4 de extr. crim. (XLVII, II).—L. 8, ad L. Corn. de sicar. (XLVIII, 8).—L. 39, de pœnis (XLVIII, 19).

(*e*) L. 38, § 5, de pœnis (XLVIII, 19).

vez muerta la mujer, abrir su cuerpo para salvar la criatura (*a*), y las que más tarde mandaron diferir hasta el parto la aplicacion de la pena de muerte ó del tormento á la mujer en cinta (*b*).

Segun el plan de la obra, las prescripciones del derecho civil que garantizan los derechos futuros del infante hasta el momento en que nace, son las que deben ocuparnos (*c*). Esta garantia se aplica al estado de aquel y á las sucesiones y su derecho: el estado de una persona procreada en matrimonio legítimo se exclarece atendiendo á la época de la concepcion; á contar desde aquí, todos los cambios de estado que el padre y la madre sufren durante la gestacion, no influyen sobre el del hijo (*d*). Si durante este intervalo la madre pierde la libertad ó el derecho de ciudad, esto no impide al hijo nacer ciudadano romano y bajo el poder del padre (*e*). Así tambien el hijo legítimo de un senador goza de todos los privilegios inherentes á su clase, áun cuando el padre antes de su nacimiento muera ó pierda su dignidad (*f*). El estado del infante procreado fuera de legítimo matrimonio se determina, por el contrario, atendiendo la época de su nacimiento (*g*), y aquí el principio protector no se aplica.

Pero en interés del infante se estableció desde luego la regla general de que su estado se determinaba por la época que le fuese más favorable, ora la de la concepcion, ora la del nacimiento, ora la intermedia entre ambos momentos (*h*). Principio importantísimo en materia de sucesiones, puesto que si durante la gestacion se abre una herencia á la cual seria llamado el hijo si viviera, sus derechos le son reservados has-

(*a*) L. 2, de mortuo inferendo (XI, 8).

(*b*) L. 18, de statu hom. (I, 5).—L. 3. de pœnis (XLVIII, 19).

(*c*) L. 3, si pars (V, 4). «Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent.»

(*d*) Gaius, I, § 89-91.

(*e*) L. 18-26 de statu hom. (1-5).

(*f*) L. 7, § I; de senatoribus (1-9).

(*g*) Gaius, I, c.

(*h*) Pr. J., de ingenuis (I, 4). Si, pues, la madre esclava en el momento del nacimiento del hijo, era libre en la época de la concepcion ó en el tiempo intermedio, el hijo nacia libre.

ta el nacimiento y se ejercen en su nombre (*a*). Regla reconocida por el derecho civil como por el pretorio, por lo que el pretor estableció una *bonorum possessio ventris nomine*, que permite tomar de los bienes hereditarios lo necesario para el mantenimiento de la madre y del hijo tambien (*b*). Pero como se ignora si nacerán uno ó varios, se supone serán tres gemelos, regulando esta presuncion las medidas previsoras con respecto á los que tienen derechos ya existentes; de ningun modo la capacidad de los que aún no han nacido, si bien de igual manera desde que tiene lugar el parto la presuncion pierde su fuerza y la sucesion se rije por el número de herederos existente (*c*). Para velar por la conservacion de los derechos futuros del hijo, el pretor nombra un curador especial, porque en tales casos, segun ya se ha dicho antes, no es posible el discernimiento de tutor (*d*).

§ LXIII.—*Límite de la capacidad natural.*—II. *Su extincion.*

La muerte, considerada como término de la capacidad natural, es un hecho de tal manera sencillo que hace pueda prescindirse aquí, á diferencia de lo que acontece en el nacimiento, de determinar sus elementos constitutivos. Solo la necesidad de probarla da lugar á ciertas reglas en el derecho positivo. Esta dificultad se muestra frecuentemente á conse-

---

(*a*) L. 16. de statu hom., (1-5). L. 3, si pars (V, 4). L. 7, pr. de reb. dub. XXXIV, 5). L. 36, de solut. (XLVI, 3). Igualmente el derecho de patronato del padre muerto, sin formar parte de la herencia propiamente dicha, quedaba asimilado á los sucesorios.

(*b*) Tit. Dig., de ventre in poss., mittendo et curatore ejus (XXXVII, 9).

(*c*) L, 3-4, si pars (V. 4.) L. 7, pr. de reb. dub. (XXXIV, 5). L. 36, de solut (XLVI, 3). La costumbre seguida por los romanos concluyó por perder su valor ante este principio racional despues de una multitud de vacilaciones y dudas producidas, sobre todo, por falsas relaciones. El ejemplo de una mujer, quien bajo el reinado de Adriano tuvo cinco hijos, atrajo hácia sí la atencion, y durante mucho tiempo hizo estimar indecisa la regla de tres á cinco como límite en el número de los gemelos.

(*d*) L. 20, de tutor. et cur. (nota *c*). Tit. Rig., de ventre in poss. (nota *q*.)

cuencia de los acontecimientos de la guerra, y en los tiempos modernos ha sido prevista por las leyes de los diferentes pueblos.

El derecho romano no contiene disposicion alguna especial, y en el derecho comun de Alemania no existe tampoco costumbre que pueda suplir el silencio de la ley romana. Mas independientemente de este caso, y sin establecer diferencias entre el estado de paz y el de guerra, preséntase la cuestion de saber si un ausente—entiendo por tal al que ha abandonado hace muchos años su domicilio, y de quien no se tiene noticia—debe considerarse como muerto ó no. La duda no se presentó nunca en el derecho romano bajo una forma general; pero sí se estableció sobre este caso una costumbre que, aun á través de muchos siglos, puede tenerse como generalmente adoptada. El ausente se reputa muerto si han trascurrido 70 años desde su nacimiento; presuncion fundada sobre el siguiente texto de Pausanias (XC, 10): *nuestra vida dura 70 años* (*a*). Si el ausente era ya septuagenario en la época de su desaparicion, se presume la muerte pasados cinco años (*b*); y segun esta regla presúmese tambien que la muerte tiene lugar en el momento en que comienza la presuncion legal.

Muchos autores interpretan torcidamente los anteriores principios, afirmando que pasados los 70 años se presume muerto el ausente, pero que la presuncion se remonta á la época de la desaparicion, y, segun otros, á la en que un curador ha sido nombrado para la administracion de los bienes (*c*). Algunos pretenden, por el contrario, que la presuncion de la muerte no comience hasta trascurridos 70 años desde el nacimiento del ausente, pero solo cuando la muerte

---

(*a*) Lauterbach, V, 3, § 24; Leyser. spec. 96; Glück. vol. VII, § 562; vol. XXXIII, § 1.397, c. Hofacker, vol. II, § 1.682; Heise y Cropp, Juristische Abhadlungen, vol. II, núm. IV (p. 118). Estos autores citan un gran número de obras antiguas como modernas.

(*b*) Glück passim.

(*c*) Glück, Heise y Cropp passim.—La cuestion ofrece su principal interés con motivo de la sucesion del ausente. En la doctrina adoptada por mi la sucesion se llama *successio ex nunc*; *successio ex tunc* en la que combato.

se señala por medio de un acto jurídico; de otro modo, dicen, los comprobantes empleados en parecidos casos no tendrian objeto alguno y serian absurdos. Pero como ellos se citan con el fin de reemplazar, en tanto que sea posible, la presuncion por la verdad, segun los resultados obtenidos, ésta recobra su imperio ó la presuncion produce todos sus efectos. El juicio es simplemente declaratorio, y no toca á la relacion de derecho; prueba solo que el término de 70 años se ha cumplido y que los emplazamientos no han obtenido respuesta. Abrir la sucesion el dia de la declaracion de la muerte, haria depender la cualidad de heredero de una tardanza casual ó calculada de antemano, y seria consignar, si se la siguiera, una doctrina arbitraria y sin fundamento alguno (*a*).

La presuncion de la muerte, pasados los 70 años, se aplica tambien á los militares ausentes, segun el derecho comun de Alemania. El caso que sigue es el único tratado especialmente por el derecho romano: se puede alcanzar la certidumbre de la muerte de dos personas y de que han muerto en el mismo dia sin que se sepa si la una ha sobrevivido á la otra, lo cual presenta á las veces un gran interés, principalmente en materia de sucesiones. Así, la una puede haber muerto antes ó despues que la otra, ó morir á un tiempo; y si estos tres casos son igualmente inciertos y han perecido en un mismo acontecimiento, una batalla, un naufragio, ó bajo un edificio que se desploma, etc., el derecho romano establece prevenciones que tienen el lugar de pruebas.

1.ª La presuncion general es la de que ambos han perecido al mismo tiempo (*b*).

2.ª Esta regla sufre excepcion cuando se trata de un hijo

(*a*) En favor de mi opinion véase Glück y Heise passim; Mittermaier, Deutsches Privatrecht, § 448, 5.ª ed: para la opinion contraria, Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 237, 4.ª ed.; Vangerow, Pandecten, I, p. 57.—El Código prusiano II, 18, § 835, admite la declaracion judicial, pero solo en el caso de que no hubieran trascurrido 70 años desde el nacimiento del ausente: una vez cumplido este plazo, la declaracion es innecesaria. Código prusiano, I, I, § 38.

(*b*) L. 9, pr. § 3; L. 16, 17, 18, de reb. dub. (XXXIV, 5). L. 34, ad Sc. Trebell; L. 32, § 14 de don. inter. vir. (XXIV, I); L. 26 de mortis causa don. (XXXIX, 6).

muerto con su padre ó su madre. Si es impúbero, se le considera como muerto antes, y si es púbero, despues que el padre ó madre, lo que en ambos casos excluye la presuncion de simultaneidad (*a*).

3.ª Esta excepcion sufre á su vez dos excepciones principales: A. Cuando un manumitido perece con su hijo, la regla general aparece en todo su vigor y se presume han muerto á un tiempo, no admitiéndose la presuncion de supervivencia ni aun para el hijo púbero; precepto establecido para favorecer los intereses del patrono; cuyos derechos sucesorios serian menores, una vez probado que el padre habia muerto antes que el hijo (*b*).

B. Otro tanto es preciso decir para el caso en que el testador haya gravado á su heredero con la condicion *si sine liberis decesserit*. Si, pues, el heredero perece en un naufragio con su propio y único hijo, aun siendo púbero, se presume han perecido juntamente ambos, y desde este momento no ha sobrevivido el hijo á su padre, y el fideicomiso es debido, porque la condicion impuesta por el testador, *si mi heredero muere sin hijos*, se considera cumplida gracias á la presuncion legal (*c*).

(*a*) L. 9, § I, 4, de reb. dub. (XXXIV, 5), tocante al padre; L. 22, 23 cod.; L. 26, pro de pactis dotal. XXIII, 4), tocante á la madre. La L. 9, § I, cit. habla del caso en el cual el padre y el hijo mueren juntos en el ejército, lo cual implica la pubertad del hijo.

(*b*) L. 9, § 2, de reb. dub. (XXXIV, 5), «.... hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.» De este modo se encuentra consignado especialmente el carácter excepcional de dicha decision.

(*c*) L. 17, § 7 ad Sc. Treb. (XXXVI, I). Esta cuestion es tratada con gran suma de datos é ingeniosamente por Mülenbruch, Archiv. vol. IV, núm. 27, (Cf. doctrina Pandectarum, § 185). Diferénciase su doctrina de la mia en que, segun él, la prioridad en la muerte del impúbero es una presuncion general fundada en los cambios de la mortalidad naturales de esta edad, y desde que así sucede debe aplicarse respecto á otras personas aunque no sean parientes, fuera del caso de muerte violenta en un mismo acontecimiento. Así, Mülenbruch considera ambas presunciones excepcionales (los púberos y los impúberos) como de la misma naturaleza, y sin embargo, descansando sobre dos principios de todo punto diferentes. Pero un estudio imparcial de las fuentes nos enseña, por el contrario, que ambas presunciones tienen una naturaleza idéntica, y se limitan al caso en el cual los padres y los hijos perecen en un mismo hecho. Cf. Vangerow, Pandekten, I, p. 58.

§ LXIV.—*Restricciones impuestas á la capacidad de derecho.*—Introduccion.

Si procuramos enumerar las restricciones impuestas por el derecho romano á la capacidad natural é innata en todo hombre, veremos que se han consignado para ciertos indivíduos, limitando total ó parcialmente su facultad jurídica. Para comprender bajo una frase comun estos grados diferentes, se puede considerar el estado del indivíduo como una disminucion de capacidad, lo cual comprende tambien la pérdida completa de ella. El derecho romano reconoce tres grados en esta disminucion: pérdida de la libertad, pérdida del derecho de ciudad y la sumision en el seno de la familia. Partiendo de esta division, encontramos siempre tres clases distintas de personas: 1.ª *Liberi, servi*, y estos últimos subdivididos en *ingenui, libertini*. 2.ª *Cives, latini, peregrini*; y 3.ª *Sui juris, alieni juris*. El carácter propio de estas distinciones establecidas entre los hombres, no supone una importancia en las mismas que las lleve á dominar sobre toda otra por su generalidad y significacion, pero sí regulan los grados diferentes de capacidad pertenecientes á cada uno, y, en este concepto, las divisiones indicadas merecen preferencia, pues son más comprensivas que ninguna otra.

El derecho primitivo de los romanos sirve de base á la doctrina que sentamos, y aun cuando á través de los siglos haya sufrido algunas modificaciones, sus rasgos característicos nunca se han llegado á perder y se encuentran siempre á cada paso en el derecho justinianeo. Por esto su estudio ofrece un vivo interés para nosotros; es tal vez necesario, podríamos decir, no en el concepto de su inmediata aplicacion, sino teniendo en cuenta dos razones, las cuales obran la una junto á la otra. Solo puede obtener inteligencia clara del derecho romano aquel que se impone en el todo de la teoría jurídica de este pueblo de tal modo que puede relacionar siempre cualquier hecho aislado con la institucion de la cual depende; y es tan difícil prescindir de tal exigencia, que vemos en la actualidad á aquellos jurisconsultos que desprecian la historia del derecho, mirando la práctica como el objeto único digno de sus esfuerzos, no obstante su tendencia, mencionar en sus obras la doctrina y usar la fraseología que va unida á la

misma; bien que sufran las consecuencias funestas de un espíritu exclusivo, y sea una causa constante de errores la actitud por los mismos señalada. Los falsos sistemas engendrados por la doctrina poco comprendida de la capacidad, se encuentran frecuentemente insertos en los autores más comunes, y mucho más arraigados de lo que podria creerse, sin que tampoco las legislaciones modernas se hallen exentas de ellos; y, ¿cómo apartarnos de la imposicion de las falsas doctrinas sino sustituyendo una exposicion fiel y exacta á la tradicion equivocada? Tal es el segundo motivo que nos lleva forzosamente á imponernos como un deber el conocimiento profundo de esta materia en el antiguo derecho romano.

Para no ver bajo las influencias funestas antes consignadas, comienzo por hacer abstraccion de los métodos hasta aquí seguidos, evitando así el empleo de palabra alguna técnica propia ó impropia, y estableciendo las reglas puras del derecho tales como nos las ofrecen las fuentes, lo que nos permitirá establecer despues con un criterio seguro la fraseología propia. Los autores modernos tenian la costumbre de señalar las tres clases de distinciones entre los hombres, empleando los siguientes términos técnicos: *status libertatis, civitatis, familiæ*. Ahora bien; una vez puestos en duda los principios y las reglas que regulan la materia, se hace necesario investigar lo que bajo aquellos hay de verdadero y de falso. A las tres distinciones responde evidentemente una triple *capitis deminutio*, con tanta uniformidad y tan frecuentemente reproducida por los antiguos autores jurisconsultos, que en ella es preciso reconocer las ideas y el lenguaje del primitivo derecho. Pero la relacion existente entre estos tres objetos de la disminucion de capacidad y la triple *capitis deminutio*, encontrará lugar propio en nuestra investigacion, una de las más difíciles que la historia del derecho ofrece. Las reglas del derecho, de las cuales nos ocupamos aquí, refiérense á los grados diversos de la capacidad jurídica; y para abrazar en su totalidad todas cuantas es indispensable establecer, se hace necesaria referirlas á dos cuestiones ya tratadas, una de las cuales es la distincion entre el *jus civile* y el *jus gentium* (§ 22). La disminucion de la capacidad, en tanto se relaciona muy principalmente y en su fase más esencial con el derecho civil, cuanto con éste y el derecho de gentes. Además, la capacidad y su disminucion pueden estar íntimamente ligadas á ca-

da una de las clases diferentes de relaciones jurídicas enumeradas en los párrafos 53 al 57, lo que trae consigo una multitud de fenómenos difíciles de retener. Pero el derecho romano les da ideas fundamentales, de muy antiguo practicadas, y que se expresan por las palabras *connubium* y *commercium*, facilitando en gran manera la apreciacion general en sus diferentes grados. El *connubium* significa la capacidad para contraer matrimonio romano, ya absoluto, ya relativo; esto es, la capacidad del indivíduo con respecto á todas ó solamente á ciertas personas (*a*); y como de esta clase de matrimonio se deriva el poder paterno, de él el parentesco romano y de la agnacion la antigua sucesion intestada, es evidente la significacion de la frase técnica mencionada: el *connubium*, segun se concede ó se niegue, lleva, pues, en sí una gran significacion en cuanto toca á la capacidad del indivíduo.

De igual manera que el anterior, el *commercium*, en la acepcion propia de la palabra, significa la facultad de comprar y vender, y en su sentido técnico, la capacidad para el contrato simbólico, llamado mancipacion (*b*). Hay más; la mancipacion nada significa sino como la forma originaria y más frecuente empleada para la enajenacion de bienes, y á ella se unen íntimamente la propiedad perfecta, la *in jure cessio*, la usucapion y la reivindicacion rigurosa. Las últimas consecuencias que la mancipacion produce, son: el derecho á las servidumbres, que, como la propiedad, es *jus Quiritium*; la capacidad para ciertas obligaciones (*c*) y, finalmente, la *testamentifactio*, entendiéndose por ella la facultad de hacer un testamento ó codicilo, ser nombrado heredero, legatario ó fideicomisario, ó testigo en un acto de última voluntad (*d*). Así, ambas expresiones técnicas abrazan cuanto hay de más importante y la parte mayor de lo que á la ca-

---

(*a*) Ulpian. tít. 5, § 3; Com., § 4, 5, 6, 8.

(*b*) Ulpian. Tit. 19, § 4, 5.

(*c*) Gaius, III, § 93, 94.

(*d*) Ulpian. Tit. 20, § 8, 14; Tit. 22, § 1, 2; Tit. 25, § 4, 6.—Gaius, II, § 285.—L. 3, 8, 9, 11, 13, 19 qui test (XXVIII, 1).—L. 6, § 3; L. 8, § 2. de j. codic. (XXIX, 7).—L. 49, § 1, de her inst. (XXVIII, 5).—§ 24, J. de legatis (II, 20).—L. 18, pr. qui test. (XXVIII, 1); § 6. J. de test. ord. (II, 10).

pacidad del derecho en general hace mencion (*a*). Mas para que cuanto acabamos de decir sea completamente cierto, hay que establecer una excepcion: la capacidad en tales términos reconocida ó negada á una persona, toca solo al *jus civile*, siendo de todo punto ajena al *jus gentium*. Así, pues, á aquel á quien se le niega el *connubium*, puede tener la capacidad necesaria para contraer matrimonio y es hábil para crear vínculos de parentesco dentro del *jus gentium*; de igual modo que el que ha sido excluido de las relaciones, de las cuales el *commercium* forma la base, no queda incapacitado para la propiedad ante el *jus gentium* (*b*).

§ LXV.—*Restricciones de la capacidad*—I. *Falta de libertad.*

Todos los hombres son libres ó esclavos, segun los romanos (*aut liberi aut servi*), division con la cual comienzo el

---

(*a*) Puede afirmarse en general que el *connubium* se refiere á la capacidad del derecho de familia, y el *commercium* á igual aptitud para el derecho de bienes. Pero no debemos olvidar que las relaciones de familia, artificiales en lo que á los bienes se refieren (§ 57), participan de la naturaleza de estos, no de la propia de aquella: así, v. gr., el *latinus* tenia el *commercium* sin el *connubium* (§ 66), y sin embargo, podia ser propietario de un esclavo, de un *mancipium*, ejercer los derechos de patronato, recibir la tutela testamentaria ó dativa, y tener colonos bajo su dependencia.

(*b*) La aplicacion práctica para las diferentes clases de relaciones de derecho, se desenvuelve de una manera muy desigual segun la naturaleza de las necesidades que ha de satisfacer. Los *cives* y los *latini* eran capaces solo de propiedad romana: este principio subsistió hasta ser abolido por Justiniano, pero la distincion entre la propiedad romana y natural hacia ya mucho tiempo que habia perdido su importancia. En materia de obligaciones, el comercio introdujo desde muy antiguo la igualdad entre las diferentes clases, y la memoria del antiguo rigorismo solo se conserva en un pequeño número de casos (nota *c*, página 287) y en alguna formalidad de los procedimientos. (Gayo IV, § 37). La pureza del derecho es mantenida principalmente en los testamentos, porque en ellos la libertad del comercio no exijia una modificacion de las antiguas reglas; el principio originario pasa sin alteracion á la legislacion justinianea. (Nota *d*, pág. 287).

asunto por la inmensa influencia que ella tiene con respecto á la capacidad de derecho (*a*).

Así, el esclavo lleva consigo una incapacidad general, no solo en cuanto á las instituciones del derecho civil, sino que tambien en cuanto á las del derecho pretorio y del *jus gentium* (*b*).

(*a*) El derecho concerniente á los esclavos presenta multitud de aspectos que, dado el plan de esta obra, no encuentran lugar en ella. La determinacion exacta de la relacion jurídica, su contenido y límites, de otra parte tan esenciales, ofrece aquí escaso interés, porque la autoridad absoluta del señor hace infructuoso este exámen; pero importa, sí, precisar el orígen de la relacion de derecho, y hé aquí los principales fundamentos en la materia: la esclavitud se regula de ordinario por el nacimiento; el hijo es libre ó esclavo á medida que su madre goza ó no de la libertad. El hombre libre puede convertirse en esclavo si es hecho prisionero en la guerra, ó bien si incurre en ciertas penas; pero no le es permitido enajenar su libertad voluntariamente, v. gr., por medio de un contrato.

(*b*) L. 20, § 7, qui testam. (XXVIII, 1). «Servus quoque merito ad solemnia adhiberi non potest, *cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne Prætoris quidem edicti.*» L. 32, de R. J. (L. 17). «*Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur*: non tamen et jure naturale, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines œquales sunt.» Acerca del sentido de las palabras *jus naturale*, empleadas por Ulpiano en este último texto, véase el apéndice II. Ninguno de los dos textos habla del *jus gentium*; pero segun las aplicaciones acordes que ellos hacen del principio, se ve que el esclavo no gozaba de este derecho. Para evitar equivocaciones, añadiré algunas observaciones: los jurisconsultos romanos están de acuerdo en atribuir al *jus gentium* el orígen de la esclavitud. (L. 4. de Inst. et jure. L. I, § I de his qui sui. Gayo I, § 52), pero refiriendo la representacion del señor por el esclavo, no al *jus gentium*, sino al *jus civile*. (Recht des Besitzes, § 7, página 82, 6.ª ed.) En cuanto á la incapacidad nos faltan datos; sin embargo, me parece más natural referirla, como la representacion del señor por el esclavo, al *jus civile*, sobre todo á causa de numerosas modificaciones, todas de derecho positivo, que veremos introducirse en dicha materia. Si fuera este el punto de vista de los romanos, la extension al *jus gentium* de la incapacidad pronunciada por el *jus civile*, no podia ser tachada de contradictoria, y no debe admirarnos, v. gr., que el esclavo fuese incapaz aún para el parentesco natural. La doctrina que precede se explica por la naturaleza general del *jus gentium* (§ 22) y

Por eso, sin hablar del *connubium*, del *commercium* de la propiedad romana, no goza el esclavo del matrimonio y carece de parentesco (*a*) y propiedad, aun de la natural. De otra parte, como á consecuencia de la *potestas* puede adquirir y así lo verifica forzosamente para su señor toda clase de propiedad, parece ser que su incapacidad procede de esta representacion necesaria nacida á la sombra de la *potestas*. Así se explicarian satisfactoriamente diversos casos de incapacidad, tales como el de adquirir el esclavo derechos para su señor por medio de la emancipacion ó de la estipulacion sin que él se convirtiera en propietario ni acreedor. Sin embargo, la deduccion precedente no podria ser admitida, porque la incapacidad se extiende más que la representacion, y desde este momento tiene una naturaleza individual y propia que se muestra bajo una doble faz. La representacion, una vez limitada al derecho de bienes, no impediria al esclavo contraer matrimonio, tener vínculos de parentesco y, sin embargo, sabemos que tales facultades se le niegan en absoluto. Además, hay esclavos sin señor, independientes de toda *potestas*, que no tienen la representacion de hombre libre alguno, y no obstante, su incapacidad es la misma que la de los demás esclavos (*b*).

Segun la terminología empleada por los jurisconsultos modernos, se podria creer que la incapacidad completa del esclavo le privaba del título de *persona*, el cual quedaria re-

---

por las numerosas analogías que apartan del ánimo toda duda. Es así que un matrimonio celebrado contra las prescripciones del *jus civile* era absolutamente nulo, y no era además válido como verificado segun el *jus gentium* (§ 12, J. de nuptiis, I, 10).

(*a*) L. I, § 2, unde cogn. (XXXVIII, 8) «... nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio.»—L. 10, 8, 5 de gradibus (XXXVIII, 10) «ad leges serviles cognationes non pertinent.» (Paulo dice antes que el lenguaje usual admitia el parentesco de los esclavos.) Justiniano fué el primero que modificó los efectos de esta incapacidad, en lo concerniente á las sucesiones abiertas, despues de su manumision, § 10, de grad. cogn. (III, 6).

(*b*) Véase sobre esta materia § 55, nota *a*. La incapacidad de los esclavos sin señor se fija principalmente por la L. 36, de stip. serv. (XLV, 3).

servado en su aplicacion á los hombres libres que gozaban de todos los derechos; pero los romanos emplean ordinariamente aquella denominacion para designar á todos los indivíduos sin distincion, y señaladamente á los esclavos (*a*).

En cuanto á las escasas excepciones que rompen el límite señalado por su incapacidad al esclavo (*b*), la más importante consiste en las prescripciones ya penales, ya de policía que protejen al esclavo contra la crueldad de su señor. Tal proteccion no existia en el primitivo derecho, pero cuando la guerra y la conquista hubieron acrecentado considerablemente el número de esclavos, una experiencia sangrienta mostró el peligro que existia de tratar despiadadamente á esta multitud formidable.

A poco se hubo de establecer la regla por la cual el señor demasiado cruel, no solo podia ser obligado á vender su esclavo, sino que era perseguido criminalmente. Si, por ejemplo, mataba al esclavo sin motivo justificado, la muerte se asimilaba á la causada á un hombre libre (*c*). Y aun cuando estos principios, imponiendo límites al señor, no

---

(*a*) L. 215, V, S. (L. 16) «... In persona servi dominium.»—L. 22 pr. de R. J. (L. 17). «In personam servilem nulla cadit obligatio.—L. 6 § 2, de usufr. (VII, I)—Gayo, I, § 120, 121, 123 139.—Solo más tarde es cuando este título ha sido negado á los esclavos, v. gr., en la Nov. Theod., tit. 17. «Servos... quasi nec personam habentes.» Cmp. Schilling. Institutionem, vol. II, § 24, nota *g*.

(*b*) Es necesario incluir entre dichas excepciones la capacidad que tenia el esclavo para celebrar una emancipacion, estipular y ser nombrado por testamento heredero ó legatario, porque entonces, el esclavo adquiria para su señor; obra como instrumento no más, y su incapacidad en nada se modifica ni destruye. Por lo que toca á la facultad concedida á los esclavos del Estado de disponer por testamento de la mitad de su peculio (Ulpian. XX, § 19), era una verdadera anomalía, cuya tendencia consistia en procurar la asimilacion de estos esclavos á los hombres libres.

(*c*) Gayo, I, § 53.—§ 2, J. de his qui sui (I, 8).—L. I, § 2, L. 2. de his qui sui (I, 6.—L. I, § 8, de off, præf. urbi (I, 12).—L. I, § 2, ad L. Corn. de sic. (XLVIII, 8).—L. un. C. de emend. serv. (IX, 14).—Coll. L. L. Mos. et Rom., tit. 3, § 2, 3, 4. V.—Zimmern Rechtsgeschichte. I, § 180, en donde cita además otros textos. A este mismo principio se refiere la regla de la L. 15, § 35 de injur. (XLVII, 10).

diesen al esclavo, propiamente hablando, ningun derecho, producian sin embargo un resultado idéntico, á saber: el de mejorar su suerte.

En el dominio del derecho privado se notan las excepciones siguientes: se toma en consideracion el parentesto del esclavo manumitido, en cuanto á ciertas prohibiciones de matrimonio (*a*), y nunca en lo tocante al órden de suceder (nota *c*); distincion que seguramente se fundaba en que para los impedimentos del matrimonio el parentesco es considerado, sobre todo, como una relacion moral más que como relacion jurídica. Por lo que hace á la propiedad y los restantes derechos reales, no conocemos ninguna limitacion impuesta á la incapacidad del esclavo. En materia de obligaciones, como la mayor parte de los negocios de la vida estaban encargados á los esclavos, que frecuentemente figuran solos, bien pronto se relajó el rigor primitivo de los antiguos principios; pero las modificaciones no fueron posibles más que en cierta medida. Mientras la esclavitud no se destruya, la persona sometida al señor es incapaz para contraer una *civilis obligatio*, siendo así que no puede comparecer en juicio como demandado ni como demandante. Respecto á la *naturalis obligatio*, su incapacidad no era absoluta: despues de la manumision se conciben *obligationes civiles et naturales*, originadas por actos anteriores del esclavo. Tal era en realidad el estado del derecho.

I. De ordinario el esclavo no podia adquirir un crédito, porque todo cuanto adquiere debió pertenecer, y así era, en efecto, á su señor; en ningun caso podia ser acreedor por sí mismo. Mas por medio de una excepcion fundada sobre el principio, si el señor accedia á convertirse en deudor del esclavo, entonces nacia una *obligatio*, bien que puramente *naturalis*; y esta misma decision se aplicaba por rigor lógico á aquellos esclavos que no tenian dueño.

II. El esclavo puede contraer deudas, y la razon que determina su incapacidad en cuanto á los créditos no subsiste aquí, porque si le era permitido adquirir para su señor toda suerte de derechos, no podia, sin embargo, obligarle nunca.

(*a*) L. 8, L. 14, § 2, 3, de ritu nupt. (XXIII, 2).—§ 10, J. de nupt. (I, 10)

Así el esclavo contraerá válidamente deudas, ya frente á su señor, ya frente á un extraño, siendo una *obligatio naturalis* que subsistía despues de la manumision. Los delitos del esclavo producen tambien, segun los casos, ya más efectos que el contrato, ya menos; los cometidos contra el señor no dan nacimiento á obligacion alguna, pero los llevados á cabo contra un extraño producen obligaciones que pueden ser perseguidas en juicio aún despues de la manumision (*a*).

Los romanos dividian los hombres libres en *ingenui et libertini*, esto es, siempre libres y manumitidos. Ahora bien, esta division importante, ¿influye sobre la capacidad de derecho? La condicion de libertino tenia una influencia real aun cuando secundaria sobre la capacidad; sin duda que la capacidad general del manumitido, como la del hombre ingénuo, eran determinadas por su cualidad de ciudadano, latino ó extranjero. Gozaba ó no del *commercium* y del *connubium*, segun que era *civis*, *latinus* ó *peregrinus*, y bajo este respecto, el hombre libre, como el manumitido, estaban colocados en la misma línea. Sin embargo, la igualdad no era completa, y la condicion del libertino sufria modificaciones bastante importantes: el *civis libertinus* tenia el *connubium*, ó sea la facultad de contraer matrimonio civil; pero su libertad sufria limitaciones respecto á determinadas personas (*b*).

El *Latinus libertinus (llamado Latinus Junianus)* tenia el *commercium*, ó sea la capacidad para la propiedad romana

---

(*a*) Los textos principales relativos á las reglas que acabo de exponer son: L. 7, § 18, de pactis (II, 14). L. 14 de O, et A (XLIV, 7). L. 64, L. 13., pr. de cond. indeb. (XII, 6). L. I, § 18, depositi (XVI, 3). L. 19, § 4, de don. (XXXIX, 5). Los jurisconsultos romanos han tratado esta materia con gran elevacion; nosotros remitimos á nuestros lectores el apéndice IV para el desenvolvimiento de los principios y la explicacion de los textos difíciles.

(*b*) Estas restricciones existian en el antiguo derecho; pero sus límites no nos son enteramente conocidos. Así, en una época en la que todos los *libertini* tenian el derecho de ciudad, encontramos la concesion de la *gentis enuptio*, concedida á una manumitida como privilegio personal. Libius XXXIX, 9. La ley Julia prohibió á los manumitidos de ambos sexos contraer matrimonio con miembros de la familia senatoriales. Ulpian. XIII, I, L. 44, pr. de ritu. nupt. (XXIII, 2). Cf. el apéndice VII, 2.

y la mancipacion; pero el derecho positivo venia á quitarle las principales ventajas de esta capacidad. De igual modo el *peregrinus libertinus* (*dediticiorum numero*) poseia la capacidad general conforme al *jus gentium*, si bien en sus aplicaciones particulares, sobre todo en el derecho de sucesion, era muy inferior á la del extranjero libre (*a*).

§ LXVI.—*Restricciones de la capacidad.*—II. *Privacion del derecho de ciudad.*

La posicion del indivíduo con respecto al Estado hizo nacer desde luego dos clases de distinciones entre los hombres pertenecientes á épocas distintas, y teniendo ambas una influencia grande sobre la capacidad. La antigua distincion se formulaba así: todos los hombres son, *civis* ó *peregrini*, y en cuanto á la influencia que ejercen estos dictados sobre la capacidad, los *civis* tienen el *connubium* y el *commercium*, y los *peregrini* carecen de ambos. En tal concepto, la clase de los *peregrini* es puramente negativa, abraza á un tiempo á aquellos que están faltos de toda capacidad, como sucede principalmente á los esclavos y á los indivíduos de otras naciones que no sostienen relaciones amistosas con el pueblo romano (*b*). Puede, sin embargo, recibir un sentido positivo, que en su aplicacion le da grande utilidad; así se llama *peregrini* á todos aquellos que, no gozando del *jus civile*, gozan de los beneficios del *jus gentium*, el cual le reconocen siempre los tribunales de Roma (*c*).

Se comprenden, además, bajo la denominacion de peregrini: 1.°, los habitantes de casi todas las provincias, y por

---

(*a*) Las restricciones más importantes impuestas á la capacidad de estas dos clases se expresan resumidas en los siguientes textos: Ulpian. XI, 16; XXI, 14; XXII, 3, Gayo III, § 55-76.

(*b*) Incluyendo aquí lo mismo las naciones á las cuales se habia declarado la guerra por un decreto del pueblo (justum bellum), que aquellas con las que el pueblo romano no habia mantenido relaciones todavía. L. 5, § 2, de captivis (XLIX, 15). Esto nos explica, como en la lengua latina primitiva *hostis* significaba enemigo y extranjero. Cicero, de officiis, I, cap. 12. Varro, de lingua lat., lib. 5, § 3.

(*c*) Este principio se justifica por la nota siguiente.

consiguiente, la mayoría de los súbditos del imperio antes de Caracalla; 2.°, los ciudadanos de todos los pueblos extranjeros que sostenian con Roma relaciones de amistad; 3.°, los romanos que, á consecuencia de una pena, v. gr., la deportacion, habian perdido el derecho de ciudad (*a*).

4.° Cierta clase de manumitidos cuya inferioridad procedia de la forma empleada para darles la libertad (*dediticiorum numero*) (*b*).

Siendo comun la condicion de *peregrini* á los habitantes de las provincias y á los extranjeros, entraba, por decirlo así, en el dominio del derecho público; aplicada á los condenados y á una clase de manumitidos, era una anomalía cuyo carácter especialísimo é individual no puede ser puesto en duda (notas *c* y *d*); y así, solo para estos últimos tenia un sentido degradante (*c*).

La capacidad de los *peregrini* en el dominio del *jus gentium* abrazaba toda clase de relaciones jurídicas; su matrimonio era un verdadero matrimonio, pero no *justum* (*d*); su

---

(*a*) L. 17, § I, de pœnis (XLVIII, 19). «Item quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate: ut sunt in opus publicum perpetuo dati, et in insulam deportati: *ut ea quidem, quæ juris civilis sunt non habeant, quæ vero juris gentium sunt, habeant*. Este texto no habla más que de los deportados y de los que han perdido el derecho de ciudad por causa de pena, pero sin que la disposicion sea especial solo á los condenados, y se vé claramente que era la condicion de todos los extranjeros que tenian cierta capacidad jurídica, pues si el texto no habla sino de la de los condenados que se asimilan á aquellos, es porque aquí se trata únicamente de los efectos de las penas. Cf. L. I, § 2-3, de leg. (XXXII, un.)

(*b*) Ulpian. XX, 14. «... is qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest... quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, *quoniam nullius certæ civitatis sciens* (*leg. civitatis civis est*), *ut adversus leges civitatis suæ testetur*.»

(*c*) Las dos clases de personas, entre los extranjeros, pueden compararse á la de *servi sine domino* entre los esclavos; son dos clases aisladas que se colocan fuera del sistema general de la institucion.

(*d*) Se encuentran muchas aplicaciones de este principio, sobre todo, con relacion á la regla: pater est quem nuptiæ (no *justæ nuptiæ*) demonstrat. Así el extranjero que no gozaba del *connubium* (Ulpian. V. 4), y que contraia matrimonio con una ciudadana romana ignorando su

propiedad era como natural, *in bonis*, reconocida y protegida (*a*), y su capacidad se mostraba principalmente en materia de obligaciones, porque las contraidas por ellos no eran, como pudiera creerse, *naturales*, sino *civiles*, esto es, garantidas por medio de acciones. A estas obligaciones debióse seguramente el establecimiento de reglas jurídicas, cuando habiendo trabado amistad los romanos con los pueblos vecinos, tuvieron con ellos relaciones comerciales frecuentes; y para hacer que alcanzasen dichas reglas á los *peregrini*, se hubo de recurrir á un derecho de ciudad ficticio, cuyas acciones fueron asimiladas, como *actiones fictitiœ*, á las de los ciudadanos de Roma (*b*).

Formulada así la nueva distincion, todos los hombres son *cives, latini* ó *peregrini*; coloca entre las dos antiguas clases una intermedia, que en cuanto á las consecuencias prácticas, trae consigo el siguiente cambio: la condicion del *cives* y de los *peregrini* no sufre modificaciones; pero los *latini* gozarán de un medio derecho de ciudad, del *commercium* sin el *connubium*; y de este modo pertenecen á la primera clase por la capacidad del *commercium*, y á la segunda por la incapacidad del *connubium*. Sin embargo, los *latini* y los *peregrini* podian, en virtud de privilegios especiales, tener individualmente una capacidad superior á la de los otros miembros de su clase (*c*), privilegios cuyo carácter tiene algo de dogmáti-

---

condicion, el hijo nacido de este matrimonio adquiria el derecho de ciudad (Ulpian. VII, 4.—Gayo, I, § 68). El senado-consulto que estableció esta disposicion, reconocia, pues, como matrimonio verdadero el celebrado por el extranjero, y á su hijo, como tal ante el derecho, lo que implica la aplicacion de la regla ya citada, *pater est...*; en donde vemos la ley obligando á los tribunales romanos á reconocer al extranjero una capacidad fundada en el *jus gentium*.

(*a*) En efecto, ellos tenian la actio furti y la actio legis Aquiliæ (Gayo, IV, 37) lo que implica necesariamente un derecho sobre el objeto robado ó que habia sufrido lesion.

(*b*) Gayo, IV, § 37.

(*c*) Ulpian. V., § 4. «Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis: *cum latinis autem et peregrinis ita, si conccessum sit.*» Ulpian. XIX, § 4. Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios, Latinosque Junianos, *eosque peregrinos, quibus commercium datum est.*» Cf. Ulpian. XI, § 16: XX, § 8, 14: XXII, § 1, 3.—Gayo I, § 56.

co. Se les considera, de ordinario, como una distincion ó recompensa concedida á ciertos indivíduos; pero entonces, y esto habria sido más sencillo, ¿por qué no darles los derechos y el título de la clase superior? La concesion del derecho de ciudad, de la cual no se muestran avaros los emperadores, llevaba consigo el goce de todos los derechos y no habia necesidad de privilegio. El *connubium* y el *commercium concessum* tenian, es verdad, por carácter distintivo el ser puramente individuales, en tanto que el derecho de ciudad era siempre hereditario para los hijos nacidos despues de la concesion; y, ¿por qué negar á los hijos el favor concedido al padre? Respecto al *connubium*, su orígen y motivo nos son harto conocidos: el ciudadano romano que servia á la República en una provincia no podia casarse mientras duraba su servicio (*a*), lo cual se extendia al soldado romano de guarnicion en dichos territorios; y si éste habia sostenido relaciones que le pudiesen llevar al matrimonio, era costumbre, para que la union fuese válida, concederle en la época de su licenciamiento el *connubium* con una *peregrina* ó con muchas, en la prevision de enlaces sucesivos. No se trataba entonces de favorecer á la mujer, y la concesion del *connubium* llenaba cumplidamente su objeto: en muchos casos, tampoco se habria podido conceder el derecho de ciudad á la mujer, porque de ordinario, en el momento de la licencia era una persona indeterminada (*b*).

La explicacion que precede no se aplica al *commercium concessum*, sin que sobre este caso concreto tengamos datos originales y ciertos. Quizá se estimaria la concesion como una consecuencia necesaria del *connubium concessum* y como un principio que por sí propio se explicaba, y entonces habria tenido por objeto facilitar las convenciones que los soldados romanos hiciesen con su mujer ó con el padre de ésta relativas á los bienes.

(*a*) L. 38, 63, 65, de ritu nupt. (XXII, 2).—L. 6 e. de nupt. (V, 4).

(*b*) Gayo, I, § 57. «Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus connubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint, et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani, et in potestate parentum fiunt.»—Numerosos fragmentos de esta Institucion, ya inútil cuando Caracalla hubo

Ahora bien, ¿cómo se introdujeron las modificaciones que traian consigo una clase intermedia é hicieron se abandonara la antigua clasificacion? Ningun testimonio directo poseemos que nos sirva de guía seguro en el asunto, ni en los autores modernos se encuentra una opinion unánime ni bien definida. Durante el largo tiempo trascurrido desde la fundacion de Roma hasta que su dominacion sobre la Italia se efectuó, las relaciones de derecho entre la ciudad y los Estados italianos fueron tan numerosas como inseguras y variables. Así vemos, por ejemplo, que la capacidad concedida á los habitantes de la nacion latina dependia del éxito de la guerra, y á su tenor se le imponian límites ó se ampliaba; pero entre el derecho de ciudad y el que se otorgaba á los peregrinos, habia una multitud de grados intermedios imposibles de sujetarlos todos á un principio único que no tenian en sí el gérmen de una gran vitalidad. Poco despues de la guerra social, la distincion desapareció de la antigua Italia; si exceptuamos la Lombardía, llamada entonces *Galia Cisalpina*, y el derecho de ciudad se extendió bien pronto á la nacion latina y más tarde á los restantes pueblos de la Italia: á partir desde aquí, el nombre de latino designó una cualidad de orígen, y de ningun modo una determinada capacidad jurídica.

Hácia la misma época, mientras que el suelo de la Lombardía (*Gallia Cisalpina*), recibia el derecho de ciudad, el norte de la misma (*Gallia Transpadana*) sufria una nueva organizacion, en la cual se regulaba la capacidad de derecho, segun un principio tambien nuevo. Roma confirió á las ciu-

---

de extender el derecho de ciudadanía á todos los súbditos del imperio, han llegado hasta nosotros conservados en unas tablitas de bronce, en donde se encuentra gravada la Constitucion original. Véase la excelente disertacion de Haubold y Platzmann (Haubold opuscula, vol. II, p. 783, 896), en donde se encuentra además la reproduccion de las tablas primitivas.—Ulpian. (nota *c*, pág. 296) nos enseña como estas concesiones se hacian, no solo respecto á los extranjeros, sino á los latinos, y esto debió acontecer con las legiones enviadas á España, porque Vespasiano concedió la latinidad á todos sus habitantes. (Plinio., Historia nat., III 4), sin que al parecer hubiera cambiado este órden de cosas hasta la publicacion de la ley de Caracalla.

dades transpadanas, sin enviar á ellas colonos, el derecho de colonias latinas, no como otras veces se otorgara, sino más restrinjido: sus habitantes tenian con los romanos el *commercium* sin el *connubium*, y los que en la ciudad natal ejercian una magistratura gozaban del derecho de ciudadanía completo. Aquí la palabra *Latinus* tiene una significacion eminentemente jurídica, independiente de las ideas de orígen y domicilio, y esta es la latinidad que nos presentan lo jurisconsultos de la época clásica como una condicion intermedia; el segundo rango, podríamos decir, fijado para los súbditos del imperio y de la cual Justiniano no dejó huella alguna en sus reformas (*a*). La aplicacion originaria de este derecho cesó desde luego, porque las ciudades transpadanas obtuvieron íntegro el de la ciudad romana; pero el nombre de *Latinus* y las relaciones que expresa, encuentran lugar y oportunidad para su aplicacion en otras regiones. Vespasiano concedió la latinidad á los habitantes de España (nota *l*), ejemplo único que poseemos de una aplicacion general, tan ámplia como duradera de este derecho. Mucho antes de la época á la cual el hecho anterior se refiere, se incluyó en la clase de los *Latini* á los libertinos cuya manumision no podia, dados diversos motivos, gozar plenamente de la nueva situacion legal (*b*).

(*a*) Los textos principales son: Asconius, in Cicer. in Pisonem, init. y Gayo I, § 79 y 96; III, § 56. Niebuhr (Röm. Geschicht. vol. II, p. 88-93) se ha servido de ellos para explicar con un ingenio admirable el orígen de la latinidad. Yo he tratado tambien con pormenores este asunto en mi disertacion sobre la Tabla de Beraclea, Zeitschrift für. Gesch. Rechtsw. vol. IX, p. 312-321. Las palabras empleadas en las fuentes para expresar esta relacion de derecho, son: Latium, jus Latii, Latinitas; Gayo la llama *minus* Latium en oposicion á los privilegios más ámplios de los antiguos latinos. Los primeros textos en los cuales vemos indudablemente empleadas las palabras Latini et Latinitas en un sentido jurídico, son: Ciceron (ad attic., XIV, 12) y la ley Junia Norbana; pero sin que el último de ellos pueda servirnos para fijar la cronología, porque la fecha de su publicacion es muy incierta, variando los autores modernos al fijarla en cerca de un siglo.

(*b*) Nos referimos á los *Latini Juniani* creados por la ley Junia, y á los cuales la misma rehusa, por una cláusula terminante, las capacidades más importantes concedidas de ordinario á los Latini. El título de

Examinada ya la condicion de las tres clases de personas que hay en Roma, con relacion al dercho privado é independientemente del derecho público, debemos decir que, desde los tiempos de la república, solo los ciudadanos romanos, con exclusion completa de los latinos y extranjeros, votaban en las asambleas del pueblo y ejercian las magistraturas de la ciudad (*suffragium et honores*). Estos derechos debieron ser seguramente los más preciados de todos, y por su conquista fué por lo que tanta sangre se vertió en las guerras sociales; pudiendo decirse forman como la base del derecho de ciudad, no obstante que tal afirmacion no sea aplicable en verdad á los tiempos de la república ni á los del imperio. En efecto, existian bajo la primera de estas épocas una clase especial de ciudadanos, *cives non optimo jure*, es decir, *sine suffragio*, en donde vemos que la cualidad de ciudadano no estaba forzosamente ligada á la posesiou de estos derechos, los cuales, de otra parte, pierden pronto bajo el imperio su primitiva importancia.

La capacidad del derecho privado, por el contrario, continuó siendo regulada de igual manera para las tres clases de personas, y en nada perdió su valor á pesar del cambio total de la constitucion política, pudiendo añadirse que en los tiempos de la república el goce de los derechos políticos servia perfectamente para distinguir la primera clase de las otras, no así las dos últimas entre sí.

Pero si la distincion capital entre las diferentes clases descansa únicamente en el goce del derecho privado, debe entenderse, y así procuraremos demostrarlo, respecto de numerosos grados de capacidad que hacen adsequibles ó impiden á los indivíduos ciertas relaciones jurídicas. Muchos autores, bajo la influencia de ideas falsas, tienen un concepto equivocado sobre este punto; refieren al derecho romano los beneficios procedentes del derecho de ciudad, y piensan que los esfuer-

---

Latini distaba, sin embargo, mucho de ser una palabra vana, porque estas restricciones anormales de su derecho solo tocaban á sus personas, y sus hijos tenian todos los derechos de los Latini. Los Latini Juniani y sus descendientes son, frente á los *latini*, casi como los *servi sine domino*, respecto á los esclavos, y los *dediticiorum numero* con relacion á los extranjeros (nota *e*).

zos de los aliados antes de la guerra itálica tenian por objeto vivir bajo un derecho tambien perfecto. Pero es lo cierto que los romanos nunca les negaron esta facultad que era parte de sus propósitos; por el contrario, convenia á su política que los vencidos adoptasen sus costumbres y su derecho. Los pueblos de Italia no aspiraban, pues, á establecer en su seno las formas romanas del matrimonio, de la mancipacion y de los testamentos; antes bien, su aspiracion constante era participar de los derechos políticos, unirse despues á las familias romanas por los vínculos del parentesco, adquirir de los romanos por mancipacion ó testamento, y en suma, repartir con ellos el explendor y la riqueza, siempre en aumento, del pueblo con los ciudadanos, así como la marcha constante de la república hácia la dominacion universal.

§ LXVII.—*Restricciones de la capacidad.*—III. *Dependencia en el seno de la familia.*

Los hombres son todos, segun los romanos, *sui juris* ó *alieni juris*, palabras que pueden traducirse por las de *independientes* ó *dependientes*. El poder ejercido en el seno de la familia engendraba entre los romanos multitud de relaciones jurídicas enteramente distintas, de las cuales cada una tenia una denominacion especial y efectos particulares. Estas relaciones, en número de tres en la fraseología romana, son en realidad cuatro, siendo los nombres primitivos con que se conocen siempre y en toda ocasion, los siguientes: *Potestas manus* y *mancipium*; pero comprendiendo bajo la palabra *potestas* dos relaciones enteramente distintas, la *patria* y la *dominica potestas*.

Tratando de exponer aquí la influencia que estas relaciones jurídicas ejercen en la capacidad, creo necesario darles un órden distinto. La *dominica potestas*, ó la dependencia del esclavo frente á su señor, no debe figurar en este cuadro, porque el esclavo en sí, y lo mismo sucede al que no tenia dueño, tiene la incapacidad de derecho más completa y absoluta, incapacidad en el seno de la cual desaparece por completo la relacion personal frente á un señor determinado (§ 65).

La *manus*, como forma rigurosa del matrimonio, no producia, en cuanto á la capacidad, sino una especie de restriccion. La mujer así casada se consideraba en derecho como

la hija de su marido, y su estado era desde entonces enteramente análogo al de una *filia familias.*

Finalmente, el *mancipium* aparece como más análogo con la *dominica* que con la *patria potestas* (*a*); la incapacidad en general era desde luego idéntica á la del esclavo y más rigurosa que la de los hijos bajo el poder paterno (nota *a*); el *mancipium* creaba, sin embargo, una incapacidad especial propia en el régimen de la familia, y hé aquí en lo que se distinguía de la esclavitud. Esta forma un estado, considerada en abstracto, en tanto que el *mancipium* implica necesariamente el poder de un jefe de famila determinado. Así, mientras el *mancipium* existía, el ejercicio de los derechos políticos estaba probablemente en suspenso, y el mancipado no podia votar en las asambleas del pueblo ni figurar como *judex* ó como testigo testamentario (*b*). Segun el derecho de familia, su matrimonio continuaba siendo perfectamente legal y válido; los hijos procreados durante el *mancipium* caian ya bajo el poder del abuelo ya bajo el poder del mancipado mismo en la época de su libertad, pero nunca nacian en la *mancipii causa* de su padre (*c*).

(*a*) Gayo, II, § 159: «Idem juris est in *uxoris* persona quæ in manu est, *quia filiæ loco est.*» Cf. I, § 114-118; II, § 139; III, § 14. Habia dos especies de *in manum conventio*: la una, *matrimonii causa*; la otra, *fiduciæ causa* (Gayo, I, § 114), y solo la primera, segun Gayo, asimilaba á la mujer á una hija. Queda ahora por saber qué influencia tenia sobre la capacidad de la mujer *in manum conventio fiduciæ causa*, y en este punto los datos nos faltan; pero ambas especies de *conventio* producian seguramente los mismos efectos en cuanto á la capacidad de la mujer. De otra parte, la cuestion tiene poca importancia, porque la *coemptio fiduciæ causa* no constituia un estado durable y no se usaba sino como una formalidad accidental.

(*b*) Gayo, I, § 123: «Servorum loco constituuntur.» III, § 114. Idem de eo qui in mancipio est magis prævaluit, nam et is servi loco est.» El último texto nos ofrece una aplicacion inmediata de esta analogía. La adstipulacion del indivíduo *in mancipio* es nula como la del esclavo (nihil agit), y difiere esencialmente de la adstipulacion del filiusfamilias.

(*c*) Ulpian, XX, § 3-6, enumera escrupulosamente los casos diferentes en que el hijo puede ser testigo testamentario, lo que implica la capacidad del hijo; y la incapacidad general del indivíduo *in mancipio*

Ocupándome ahora de la restriccion de la capacidad resultante del poder paterno, vemos que es el único que se ha mantenido en el derecho romano actual, y el solo tambien que en las legislaciones modernas ofrece todavía indelebles recuerdos de lo que habia sido. El poder paterno es una relacion de derecho muy importante considerado en sí mismo, y que tiene su lugar más adecuado en el derecho de familia. Allí me reservo hacer un exámen de su orígen y de su conclusion, de los derechos respectivos del padre y de los hijos, lo mismo en lo que tiene un carácter exclusivamente personal que en lo concerniente á los bienes, ocupándome aquí no más que de la influencia patria ejercida sobre la capacidad de los hijos.

La situacion jurídica del hijo sometido al poder paterno se explica fácilmente por un principio muy sencillo. En la esfera del derecho privado es incapaz de ejercer autoridad alguna, carece de todo poder; en la esfera del derecho público es enteramente apto, porque su incapacidad no procede de una falta inherente á su persona, sino que se deriva de la regla que atribuye al padre todos los derechos resultantes de los actos del hijo.

Por lo demás, esta incapacidad, limitada al derecho privado, no se amplía hasta el límite del derecho público, y el

---

está probada evidentemente por el silencio de Ulpiano, porque las mismas reglas le hubieran sido aplicables. En efecto, el testigo testamentario representaba una clase del pueblo romano, y en este sentido, se dice: «Testamentifactio non privati sed publici juris, est.» L. 3, qui test. (XXVIII, I). Entiendo yo que habia suspension de derechos políticos; podrá objetárseme, con mucha razon, con las L. 5, § 2, y la 6 de cap. min. (IV, 5), de donde resulta que ninguna capitis deminutio mínima, es decir, incluso la mancipii causa no entrañaba la pérdida de los derechos políticos. Ciertamente que en el tiempo de Ulpiano y de Paulo, no siendo la mancipii causa más que una forma simbólica y pasajera, la suspension no se notaba; pero cuando en los antiguos tiempos un romano se veia obligado á vender á su hijo, y éste pasaba largo tiempo al servicio del comprador, es inconcebible que en tal situacion continuase el goce de sus derechos políticos; por la manumision se le devolvian éstos en su integridad, y por la misma razon yo no hablo sino de una suspension.

hijo puede, como su padre, votar en los comicios y ejercer las más altas magistraturas (*a*).

En derecho privado el hijo goza del *connubium* y del *commercium*, ó sea la más elevada capacidad segun el antiguo *jus civile*; pero éste no le concede género alguno de poder actual, principio que tiene, en toda su pureza considerado, las aplicaciones siguientes: el matrimonio del hijo es un verdadero matrimonio civil (*justum matrimonium*), pero si se contrae bajo la *in manum conventio*, el poder sobre la mujer no corresponde al marido; los hijos procedentes de esta union son *legitime concepti*, y caen, desde el momento mismo en que nacen, bajo el poder paterno del abuelo; tiene capacidad perfecta para la agnacion y, por último, si bien puede ser nombrado tutor, porque la tutela es una carga pública, le está vedado en absoluto poseer esclavos bajo su poder, en razon á que el poder aquí ejercido es puramente personal.

Goza el hijo del *commercium*, por lo cual puede figurar como testigo en una mancipacion ó en un testamento, cosas imposibles para el esclavo; pero el hijo tampoco puede á su vez tener propiedad ni servidumbres; es incapaz para mantener créditos, porque implican un poder personal, mas es apto para contraer deudas que constituyen *civiles obligationes*, dando lugar á acciones (*b*). Está fundada esta distincion en el principio de que el hijo puede siempre enriquecer á su padre, y nunca empobrecerlo (*c*). Las reglas anteriores sufren ex-

---

(*a*) L. 9 de his qui sui (I, 6). «Filius familias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur.» —L. 13, § 5; L. 14 pr. ad Sc. Treb. (XXXVI, 1). «...Nam quod ad jus publicum attinet, non sequitur jus potestatis.» Cf. L. 3. de adop. (I, 17), L. 77, 78, de jud. (V, 1) et Livius XXIV, 44; Gellius. II, 2; Valerius Max., II, 2, 4.

(*b*) L. 39, de O. et A. (XLIV, 7). «Filius familias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest.» L. 57, de jud. (V, 1). L. 44, 45, de peculio (XV, 1). L. 141, § 2, de V. O. (XLV, 1). L. 8, § 4, de aceptilat. (XLVI, 4).—Excepcion especialísima era la de que el hijo no podia comprometerse con un voto sin la autorizacion del padre. L. 2, § 1. de pollic. (L, 12).

(*c*) Esta regla no se aplicaba rigurosamente sino para el esclavo. L. 133, de R. J. (L, 17). «Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest», y en otros textos parecidos. Bajo este punto de vista el hijo se asimilaba en un todo al esclavo.

cepcion en cuanto á las deudas y los créditos contraidos entre el padre y los hijos respectivamente; así el hijo puede ser lo mismo deudor que acreedor de su padre, lo cual, si bien es cierto, no acontece más que en las *naturales obligationes* (*a*). Aquí se observan las reglas antes expuestas (§ 65) sobre las obligaciones recíprocas entre el señor y el esclavo. En materia de obligaciones, áun segun el antiguo derecho, no hay diferencia respecto á la capacidad ó incapacidad entre el hijo y la hija sometidos al poder del padre (apéndice V).

Todas las reglas que preceden se condensan en un solo principio: en la esfera del derecho de bienes, el hijo no puede representar relaciones activas. Además, en cuanto al derecho de sucesion, que por su naturaleza y fines es la expresion colectiva del derecho de bienes, aun cuando una sucesion puede en ocasiones no contener sino deudas, resulta que, á pesar de su *testamentifactio*, el hijo no puede, sin embargo, hacer testamento (*b*), y que en general es incapaz de tener un heredero (*c*).

Si se compara la capacidad limitada de los hijos bajo el poder patrio con la de los esclavos (§ 65), se encuentran á un tiempo diferencias y semejanzas. Tanto unos como otros representan al jefe de la familia, por lo que hace á los modos de adquirir, y por esto son incapaces ambos casi en absoluto para adquirir bienes propios. Difiere, sin embargo, respecto al hijo, en razon á lo obligado de su representacion, la cual es causa de su incapacidad, al mismo tiempo que ésta no alcanza á otras relaciones de la vida, pudiendo en cambio contraer matrimonio y obtener el parentesco romano; puede figurar como testigo en la redaccion de un testamento, ejercer la tutela y contraer deudas que daban lugar á acciones; y el esclavo ve-

(*a*) La posibilidad de una naturalis obligatio entre el padre y el hijo se confirma en principio en la L. 38, pr. § 1, 2, de cond, indeb. (XII, 6). La imposibilidad de toda accion judicial entre los mismos, se expresa terminantemente en la L. 4, 11, de jud. (V, 1). L. 16, de furtis (XLVII, 2).

(*b*) Ulpian. XX, § 10. «Filiusfamiliæ testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit.» Por otra parte tenia la *testamentifactio*, pues que podia figurar como testigo en una mancipacion, como *librepens* y como *familiæ emptor*, ibid. § 3, 6.

(*c*) L. 11 de fidejuss. (XLVI, 1). L. 18, de Sc. Maced. (XIV, 6).

mos que se encuentra excluido de todo esto, porque independientemente de la representacion forzosa de una persona cierta, su incapacidad procede de una causa absoluta, la esclavitud misma (*a*). Diferencia que nos explica por qué se encuentran muchos esclavos sin señor, en tanto que no hay ni se concibe la existencia de un *filiusfamilias*, sin que exista á su vez un padre investido realmente de los altos derechos de la potestad patria.

Los principios expuestos son los establecidos por el derecho romano primitivo, y se hace necesario decir que ellos sufrieron grandes modificaciones más tarde, remontando la primera de éstas al comienzo casi del régimen imperial. Concedióse entonces á los hijos de familia la propiedad de los bienes adquiridos en la guerra (*castrense peculium*), y por medio de una ficcion fueron considerados respecto á estos bienes como si estuvieran fuera del poder patrio (*sui juris*): despues extendióse la ficcion á todos los bienes adquiridos en servicio del Estado (*quasi castrense*). Más tarde, sin derogar tan abiertamente el principio, fueron establecidas nuevas disposiciones, á partir desde Constantino en adelante, que, elevadas á la categoría de reglas generales en la época de Justiniano, tuvieron efectos de mayor importancia por su extension que las anteriores: me refiero á lo que los autores modernos llaman *peculium adventitium*. Considerada desde entonces la incapacidad de los hijos de familia, puede asegurarse que no existió, si bien hubo de someterse á un régimen especial la propiedad que se les concediera. Ahora conviene tener presente que para

---

(*a*) La diferencia esencial entre ambas incapacidades no se nos presenta en ninguna parte tan clara como en Gayo (III, § 114) tratando de la adstipulacion. El carácter propio que ésta mantiene siempre consiste en ser hecha solo en consideracion de la parte contratante; segun la naturaleza de este contrato, el *adstipulator* podia adquirir una accion para sí, pero nunca para un tercero. Por esto se dice, hablando del *servus adstipulator*: *nihil agit*; y refiriéndonos al *filiusfamilias*: *agit aliquid*; pero su accion está suspensa mientras el lazo de la potestad continúa, y no toma vida y energía en realidad hasta que la muerte del padre tiene lugar.

Sobre la pérdida de esta accion á consecuencia de la *capitis deminutio*, véase más adelante, § 70, *i*.

la inteligencia de este derecho nuevo es de todo punto indispensable conocer el anterior de donde directamente procede, y por esto las materias que he tratado en los párrafos hasta aquí referentes al asunto, no pertenecen á las instituciones caidas en desuso, sino á las primeras modificadas, y su exposicion se enlaza directamente con el derecho romano actual.

Si consideramos en su conjunto la dependencia del hijo dentro de la familia, las restricciones que sufre su capacidad habrán de estudiarse bajo dos diversos fundamentos: el poder paterno y el *mancipium*, pudiendo reunirse los principios que rijen la materia del modo siguiente: Existen tres bases sobre las cuales gira todo lo concerniente á limitaciones de la capacidad, bajo cada una de las cuales encontramos tres grados diferentes en cuanto á aquella; el primer grado determina una capacidad completa; el segundo y el tercero las restricciones de la misma con relacion á las bases indicadas. Dichos grados son los signientes:

I.	Con relacion á la libertad.........	(A) *Ingenui*...... (B) *Libertini*..... (C) *Servi*.........	*Liberi.*
II.	Con relacion al derecho de ciudad.	(A) *Cives*......... (B) *Latini*........ (C) *Peregrini*....	
III.	Con relacion á la familia.........	(A) *Sui juris*...... (B) *Filiifamilias*.. (C) *Qui in mancipio sunt*.....	*Alieni juris.*

Finalmente, hay otras personas *alieni juris*, los esclavos y las mujeres casadas *in manu*; pero las una pertenecen á la primera division (I. C), y las otras al segundo grado de la tercera (III. B), pudiendo afirmarse que ninguna de ellas constituye un grado en la escala de restricciones de la capacidad en el seno de la familia.

§ LXVIII.—Triple *capitis deminutio*.

Hemos reconocido hasta aquí tres especies de límites distintos impuestos á la capacidad, cada uno de los cuales descansa tambien sobre una base diferente. Los autores modernos están de acuerdo en reconocer estas tres especies de restricciones y, precisamente, en número de tres; pero al hacer

la designacion de las relaciones en ellas contenidas, que expresan con las palabras técnicas de *status libertatis, civitatis, familiæ*, han dado una oscuridad á sus explicaciones muy distinta de la sencillez de los principios romanos; yo he procurado, por el contrario, evitar el empleo de dichas frases, opuesto al lenguaje de las fuentes, reservándome examinar en su lugar conveniente lo que tienen de verdadero y de falso.

Cada uno de dichos grados lleva consigo, respecto á las personas, cambios de más de una especie, ya ventajosos ya adversos; porque de igual modo que el hombre libre puede caer en la esclavitud, el ciudadano romano se hace *peregrinus*, el jefe de familia pierde su independencia y, recíprocamente. En el primer caso existe una pérdida de derecho; hay, por decirlo así, una *degradacion*; en el segundo su condicion mejora ante el derecho. De otra parte, estos cambios pueden reconocer como orígen una causa natural ó jurídica; así, por ejemplo, el hijo sale del poder paterno por muerte del padre ó por emancipacion. La influencia, pues, de estas alteraciones de la capacidad no exige nuevos pormenores, y resultan evidentes de la exposicion que precede: v. gr., el hombre libre que cae en servidumbre y el que es esclavo por nacimiento en nada difieren por lo que toca á su capacidad.

Ahora bien, encontramos una institucion jurídica muy antigua, bajo una forma igualmente originaria, la *capitis deminutio* (*a*): ¿cuál es su sentido? A primera vista parece no ofrecer dificultad alguna el afirmarlo, porque los antiguos jurisconsultos nos dicen en numerosos textos que es una *status mutatio* (*commutatio, permutatio*) (*b*); pero esto no satisfa-

---

(*a*) En los manuscritos se lee *deminutio* y *diminutio*. Hugo se declara por la última diccion (Rechtsgeschichte, p. 121, 11.ª ed.) Podria citarse en apoyo de la primera el órden alfabético seguido por Festo, en donde la palabra *Deminuti* se halla incluida entre las frases *Demagis* y *Demoe*; mas dicho órden no prueba nada, pues si bien lo vemos establecido en las publicaciones hechas de la obra de Festo, no existió nunca en los manuscritos. No encuentro razon ninguna para dudar se hayan escrito una ú otra forma, *deminutio* y *diminutio* indistintamente y por tanto, que ambas fueran por igual aceptables.

(*b*) Pr. J. de cap. dem. (I, 16): L. I, de cap. dem. min. (IV. 5) de Gayo.—Ulpian. XI, § 13: L. 9, § 4, de minor. (IV, 4) de Ulpian.—Paulus, I, 7, § 2; III, 6, § 29: L. 2, de int. restit. (IV, I) de Paul.—L. 28,

ce, porque precisamente donde surjen las grandes dificultades es en la interpretacion del *status*, y además, parece que á la palabra *mutatio* se unen muchas ideas accesorias, no ignoradas de los autores de la definicion, pero que olvidan explicar. Esta definicion de los antiguos jurisconsultos, triste es decirlo, no nos ofrece mucha luz en el asunto.

Sin hacer otra cosa que atenerse á las palabras mismas, la definicion expresa dos ideas; un cambio en el estado de la persona, y un perjuicio para la misma, resultado del cambio; lo cual nos trae directamente á una clase de modificaciones tambien notada en el principio de este párrafo, ó sea á las *degradationes* en lo que toca á la capacidad. La evidencia de esto aumenta si se considera que hay una triple *capitis deminutio*, como hay tres especies de restricciones respecto á la capacidad. Así es menester entender por *capitis deminutio* la disminucion de la capacidad general, y entonces se referirá á las tres bases posibles de toda limitacion, ó sean la libertad, el derecho de ciudad y la independencia en el seno de la familia, segun el cuadro antes trazado, § 67. Pero esto no pasa de ser una simple presuncion, y para consignar hechos ciertos es necesario referirla al contenido real de la triple *capitis deminutio*, tal como la presentan los jurisconsultos romanos, comparacion que voy á exponer (*a*). Los tres grados de la *capitis deminutio*, segun la fraseologia más sencilla y menos dada á equivocaciones, se denominan: *máxima, media* y *mínima*.

C. de liber. causa (VIII, 16).—En todos estos textos se lee *status:* en Gayo, I, § 159 se encuentra una palabra ininteligible: *prioris... permutatio*, que en mi concepto debia ser *capitis*, porque se distingue todavía una *p*.—Mutatio, commutatio, permutatio, son diferencias poco importantes. Además, para la mayor parte de estos textos, sobre todo, para el de las Instituciones, los manuscritos presentan una multitud de variantes.

(*a*) Los principales textos son: Gayo, I, § 159-163; Ulpian. XI, § 10-13; Tit. J. de cap. demin. (I, 16); L. II, de cap. min. (IV, 5) de Paul.); Boethius in Ciceronis Top., l. 4 (exacto de ordinario; pero considera erróneamente la deportacion como llevando consigo la máxima capitis deminutio).

I. *Máxima* (*a*): segun he visto por los textos antes citados, consiste en la pérdida de la libertad, teniendo lugar cuando un hombre libre (*ingenuus* ó *libertinus*) cae en la esclavitud (*b*). Aquí la presuncion se realiza del modo más completo y evidente.

II. *Media*, que presenta las aplicaciones siguientes: (*A*). Segun los textos citados, cuando el *cives* se convierte en *peregrinus*, por ejemplo, en el caso de ser condenado á la deportacion. (*B*). Cuando un *cives* se hace *Latinus* (*c*). (*C*). Las fuentes no hablan expresamente de aquel en que un *latinus* se convierte en *peregrinus*; pero no cabe duda de que es necesario admitir que la deportacion del latino como la del ciu-

---

(*a*) La diferente fraseología que resulta del estudio de las fuentes, es la siguiente: (I) Gayo y las Instituciones emplean indistintamente *minor* como sinónimo de *media*; (2) Gayo designa los dos primeros grados bajo el nombre de *majores* (I, § 163); Calistrato y Ulpian. los designan con la palabra *magna*, (L. 5, § 3, de estr. cogn., L. 13.—L. I, § 4, de suis XXXVIII, 16.—L. I, § 8, ad Sc. Tortull., (XXXVIII, 17). En oposicion á *magna*, Ulpiano llama al último grado *minor*, (L. I, § 4 cit.) Se ve que la expresion *minor* es equívoca, y lo mejor es evitarla; la fraseología que yo empleo no se presta á dudas. En la ley 5, § 3 de estr. cogn., (L. 13) se lee: magna cap. dem... id est cum libertas adimitur, «veluti cum aqua et igni interdicitur.» Aquí *libertas* está tomada por *civitas*, lo cual se justifica en otras analogías. Schilling. Institutionem, vol. II, § 27, nota *h*.

(*b*) Citemos ahora el caso en el cual una persona libre es manumitida. Se presenta siempre que una mujer libre contrae matrimonio con un esclavo con la autorizacion de su señor que si prescindia de este requisito caia en la esclavitud. Tacito, Ann., XXII, 53: Paulo., IV, 10, § 2; Gayo I, § 84; Fragm. de jure fisci., § 12. Este caso no es de orígen antiguo, y esta es la razon de que haya sido omitido, como tambien á causa de ser extremadamente raro. Si queremos considerar este hecho como *capitis deminutio*, habrá de ser *máxima*, no *mínima*, porque el libertino como el esclavo mantenia frente al Estado relaciones muy diversas de las que le ligaban con su patrono y mucho más importantes.

(*c*) Boethius in Ciceronis. Top., cap. 4 «media vero, in qua civitas amittitur, retinetur libertas, *ut in Latinas colonias trasmigratio.*» Gayo, III, § 56, menciona el mismo caso de un modo más concreto aún que Boethius, pero sin usar la frase capitis deminutio. Cm. Cicero pro. Cæcina, C. 33.

dadano romano llevaban consigo una *capitis deminutio* (*a*) y aquí tambien, como se ve, nuestra presuncion está plenamente justificada.

III. *Mínima*; comparándola con las *máxima* y *media* se llega á los siguientes resultados: (A.) la *capitis deminutio* de que hablamos tiene lugar cuando un jefe de familia se convierte en *filiusfamilias*, v. gr., en virtud de la arrogacion, y segun el derecho moderno, de la legitimacion, y siendo así, no puede ponerse en duda, dejara de ser la arrogacion una *capitis deminutio* mínima (*b*); (B.) cuando un *filiusfamilias* ó una mujer *in manu* pasan á estar *in mancipii causa*. En este caso la *mínima capitis deminutio* no ofrece duda, y si la emancipacion y la adopcion llevan consigo la *capitis deminutio*, es porque segun las formas del derecho primitivo, era necesario siempre haber sufrido la *mancipii causa* (*c*). No se comprende de otro modo cómo la emancipacion que da al hijo su independencia, y que, en último resultado, aumenta su capacidad lejos de limitarla, se nos manifieste constantemente como una *capitis deminutio*. (C.) Por último, quizá estuviéramos autorizados para colocar entre la primera clase la degradacion de un jefe de familia por la *mancipii causa*; pero la mancipacion por la cual solo la *mancipii causa* ha sido introducida, no podia alcanzar sino al *filiusfamilias* ó á la mujer *in manu* (*d*).

Nuestra presuncion parece realizada aquí tambien, y para probarlo basta hacer la enumeracion comparativa de los diferentes casos; no obstante que la mayoría de los autores modernos están muy lejos de aceptar estos principios, lo

---

(*a*) Segun el derecho y el lenguaje de los tiempos antiguos, la *infamia* podia considerarse como *capitis deminutio* á causa de la pérdida de los derechos políticos; pero desde la época de los jurisconsultos clásicos se la estimó de un modo distinto. Volveré sobre este punto cuando trate de la *infamia*.

(*b*) L. 2, § 2, de cap. min. (IV, 5), Gayo I, § 162. Lo mismo sucede con el cambio de estado de la mujer *sui juris* que contrae matrimonio con la *in manum conventio*.

(*c*) L. 3, § I, de cap. min. (IV, 5). «Cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.» Gayo, I, § 152-154.

d) Gayo, de I, § 117-118. Ulpian, XI, § 5.

cual, de otra parte, se explica por las aplicaciones dudosas á su vez nacidas de las nociones poco fijas que encontramos en los jurisconsultos romanos sobre la naturaleza de la *mínima capitis deminutio.* Y como el exámen de esta cuestion nos conduciria á investigaciones poco relacionadas con la totalidad de la materia, la haré objeto de un apéndice (el apéndice VI). Termino, pues, citando un pasaje de un autor ajeno al derecho, en el cual la enumeracion que hace de los casos principales de *capitis deminutio* está de acuerdo con nuestra presuncion; me refiero á Festo, en cuyo diccionario se lee lo siguiente: «*Deminutus capite appellatur qui civitate mutatus est* (*a*); *et ex alia familia in aliam adoptatus: et qui liber alteri mancipium datus est: et qui in hostium potestatem venit: et cui aqua et igni interdictum est.*» Por lo demás, empleo la frase *capitis deminutio* en el sentido de degradacion con respecto á la capacidad de derecho.

Si se adopta como verdadera mi explicacion de la *mínima capitis deminutio*, se viene por fuerza á concluir que la arrogacion es en el derecho justiniano la única que existe de este género; y, en efecto, la *manus* y la *mancipii causa*, tomada en sí misma y como situacion permanente, no existía desde tiempos remotos, no cabiendo incertidumbre hasta aquí. Pero la emancipacion misma no es una *capitis deminutio*, mostrándosenos como consecuencia necesaria en tanto que el emancipado no pasa en realidad por la *mancipii causa.* Justiniano, es verdad, conservó al padre su derecho de patronato (*b*); pero con el único objeto de no excluirle del

(*a*) Conradi, Parerga, p. 174, sustituye la palabra mutatus por la de *multatus* est, tomando esta conjetura bastante verdadera á los J. B. Pii annotationes post. C. 44. Sin embargo, la correpcion debe desecharse como inútil, porque tendríamos entonces un caso idéntico al que termina la enumeracion aquæ et ignis interdictio, y no se concebiria porqué los habia separado Festo. Civitate mutatus indica el romano que renuncia voluntariamente su derecho de ciudad para hacerse ciudadano de otro Estado. Con. Cicero pro Balbo. C. 13. «Ne quis invitus civitate mutetur.» C. 18, ut et *civitate* illum *mutatum esse* fateretur,» Livius, V, 46 «mutare finibus.» L. 7, pr. de cap. su (IV, 5), «familia mutati» Cm. Gronow., obs. III, I.

(*b*) L. 6, C. de emancipat. VIII, (49).

derecho de sucesion, medida que la legislacion de las Novelas hizo supérflua. De otra parte, el emperador habia decidido ya formalmente que la emancipacion no destruia la agnacion (*a*) antes que las nuevas leyes sobre sucesiones hubiesen quitado á la agnacion toda su significacion práctica.

§ LXIX. *Efectos de la* capitis deminutio.

El resultado de hechos tan diversos como los comprendidos bajo la denominacion genérica de *capitis deminutio*, es para la mayoría de los autores, de la misma naturaleza de la modificacion que ha tenido lugar. Si, por ejemplo, un ciudadano romano pierde la libertad (*maxima capitis deminutio*), trueca su capacidad por la incapacidad del esclavo; y desde entonces queda inapto para el matrimonio, la agnacion y la propiedad, todo lo cual se comprende por sí mismo: hay más, el matrimonio y las relaciones de parentesco del arrogado subsisten, pero él pierde la propiedad de los bienes, que son las consecuencias obligadas de la capacidad casi nula del esclavo y de los hijos.

En todos los casos citados, los bienes se rijen como si hubiesen sido adquiridos posteriormente á la *capitis deminutio*, principio que los romanos formulan relativamente á los actos de la última voluntad, por esta regla natural: «*Quœ in eam causam pervenerumt, a quà incipere non poterant, pro non scriptis habentur* (*b*).

Si esto fuese solo lo que los jurisconsultos romanos entendieron, no tendríamos que ocuparnos de los efectos especiales de la *capitis deminutio*, y nos habrian legado una expresion técnica, inútil y embarazosa quizá; pero la *capitis deminutio* es una institucion independiente que tiene sus efectos propios y positivos, los cuales procuraremos determinar. El

---

(*a*) L. II; L. 13, § I, de leg. hered. (VI, 58).

(*b*) L. 3, § 2, de his quæ pro non scripto (XXXIV, 8). Se encuentran además aplicaciones de la misma regla: L. II, de jud. (V, I). L. II, de serv. (VIII, I). L. 16. ad L. Aquil. (IX, 2). § 6. J. de nox. act. (IV, 8).— Muchos autores contradicen esta regla en cuanto á su generalidad absoluta, encontrándole numerosas excepciones. L. 98, pr. L. 140, § 2, de V. O. (XLV, I). L. 85, § I, de R. J. (L, 17).

principio dominante en la materia parece ser que la *capitis deminutio* hace del que la sufre un hombre nuevo; y las diferencias entre las dos clases de efectos unidos á ella descansa sobre la naturaleza de las cosas y es confirmada por la frase técnica *capitis deminutio* que, sin esto, seria supérflua. Los jurisconsultos romanos no expresan tal distincion, y además, en las aplicaciones particulares se limitan á enumerar los efectos especiales, añadiendo lo que de ellas mismas se desprendia, sin tocar en nada casi á la naturaleza de la institucion propiamente dicha.

Para la *máxima* y la *media capitis deminutio* los efectos especiales son poco aparentes, porque las consecuencias de más importancia resultaban ya de la esclavitud ó de la peregrinidad en sí mismas, pues la confiscacion de los bienes que iba casi siempre unida á ellas, presentaba caractéres particulares é independientes de la *capitis deminutio* (*a*). Pero aquí aparecen dos grandes principios que deben ser exclarecidos.

La *máxima* y la *media capitis deminutio* son frecuentemente comparadas con la muerte, que es lo que los modernos jurisconsultos tienen la costumbre de llamar la muerte

(*a*) Como este punto reviste gran importancia y no está generalmente admitido, me creo en el deber de añadir aquí algunas observaciones. La confiscacion, como derecho del fisco á suceder en la universalidad de los bienes, es un efecto unido por la ley á ciertas penas y no una consecuencia natural de la capitis deminutio: 1.° El régimen de la confiscacion no se puede fijar con certeza antes de Augusto (otras veces la propiedad de los bienes se regulaba de un modo distinto), y la capitis deminutio, pertenecia al primitivo derecho: 2.° La confiscacion resulta de la condenacion á penas determinadas y no afectaba ciertamente al *civis* que sufria la media capitis deminutio, entrando en una *colonia latina* (§ 68): y 3.° El cambio de estado producido por la máxima y la media capitis deminutio, no implica por su naturaleza en modo alguno la sucesion del fisco. En efecto, el deportado (media cap. dem.), segun la condicion general de su nuevo estado, no habia debido perder sus bienes, porque tenia, como el extranjero libre, capacidad para la propiedad. El *servus pœnæ* (máxima cap. dem.) debe perderlos, pues no tiene capacidad para ser propietario; pero en principio no tiene dueño, porque el fisco no es el señor de estos esclavos, y no hay naturalmente derecho alguno á su sucesion.

civil *(mors civilis)*; asimilacion que se extiende á la *media cap. dem.*, cuando es resultado de una pena (*a*); sirviéndose de esta ficcion para evitar numerosas consecuencias en extremo severas de la caducidad, pero que tenia otro fin más general *(b)*. De este modo, asimilada una vez la deportacion á la muerte, el deportado no oponia obstáculo alguno á los derechos sucesorios de los cognados más lejanos, ni al patronato hereditario de sus hijos (nota *e)*.

Tratando ahora de determinar la influencia de la *media cap. dem.* sobre las relaciones de la familia, hallamos que, en cuanto al matrimonio del deportado, hombre ó mujer, los efectos de la deportacion son evidentes.

El matrimonio deja de ser un vínculo civil, pues el derecho de ciudad es una condicion absolutamente necesaria en ambos cónyuges; pero si los esposos lo desean, la union matrimonial continúa al amparo del *jus gentium* (*c)*. Toda ag-

---

(*a*) I, para la máxima L. 209, de R. J. (L. 17). «Servitutem mortalitati fere comparamus.»—L. 59, § 2, de condit. (XXXV, I). «Servitus morti adsimilatur.»—L. 5, pr. de bonis damn. (XLVIII, 20).—II, para la media L. I, § 8, de B. P. contra Tab. (XXXVII, 4), «deportatus enim mortuorum loco habendos.»—L. 4, § 2, de bonis libert. deportatus... mortui loco habetur.» Aquí se observa cómo á veces la máxima cap. dem. tiene efectos menos extensos. Si, por ejemplo, un romano es hecho prisionero, su derecho de sucesion como patrono permanece en suspenso en razon de la posibilidad del postliminiun.—L. 13, § 1, de don. int. v. et. ux. (XXIV, I).—Solo sin razon puede invocarse aquí la L. 63, § 10, pro socio (XVII, 2). Esta ley, por el contrario, distingue la muerte de la máxima y media cap. dem., y solo las pone en relacion por lo que hace á uno de sus efectos.

(*b*) Las afinidades de esta ficcion con la caducidad están expuestas con gran lucidez, si bien bajo un punto de vista muy exclusivo en Cujacius obs. XVIII, 13. Cm. Schulting notœ in Dig., L. 209, de R. J. (L. 17).

(*c*) L. 5 § I, de bonis damn. (XLVIII, 20). L. 24, C. de donat. int. v. et ux. (V, 16). L. I, C. de repud. (V, 17).—No era esto sino una aplicacion de los principios generales; pero cuando los mismos textos dejan en pié el derecho dotal, establecen en favor del condenado un derecho singular, porque en Roma la dote supone siempre la existencia de un matrimonio civil.

nacion del deportado se destruye sin que quepa duda alguna, porque sin el derecho de ciudad no hay agnacion posible; pero su cognacion se destruye igualmente (*a*), y esto parece raro, siendo un principio asentado que los hechos jurídicos no afectan á los lazos de la sangre en tanto que subsiste la libertad (*b*). No debemos, pues, ver aquí sino una expresion impropia: la cognacion subsiste, pero pierde sus efectos principales jurídicos, y el deportado especialmente no puede recibir una sucesion á título de cognado, ni excluir á los parientes por lejanos que fuesen (nota *e*). En cuanto á las prohibiciones de matrimonio, la cognacion subsiste siempre, porque en tal concepto se mantiene áun para los esclavos, y conserva en todo caso sus efectos (§ 65).

No sucede lo mismo tratándose de la *mínima cap. dem.* (*c*). Es indudable que tiene efectos que resultan naturalmente de sus diferentes causas; así, por ejemplo, el arrogado pierde necesariamente sus bienes, pues su nueva condicion no le permite ejercer ni adquirir su derecho de propiedad (§ 67). Pero hay otros efectos que no se explican tan fácilmente como los de la *máxima* y *media cap. dem.*, por la razon de que éstas proceden siempre de causas simples é invariables, como son la pérdida de la libertad y del derecho de ciudad respectivamente. La *mínima cap. dem.* tiene una naturaleza más compleja. Cuando se compara la arrogacion con la emancipacion, se vé tienen un fin y resultado distinto: la una establece el poder paterno; la otra lo disuelve. Si, pues, se las designa con el mismo nombre y bajo él se quieren comprender

(*a*) § 6, J. de cap. dem. (I, 16). «Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.»—L. 4, § II, de gradibus (XXXVIII, 10). Este texto nos presenta tambien como destruida la afinidad, decision que no explica lo que he dicho sobre la cognacion.—L. 17, § 5, ad Sc. Treb. (XXXVI, I,) es ajena al asunto. Esta ley no se ocupa sino de la interpretacion de un fideiconino, y trata únicamente de averiguar la voluntad del testador.

(*b*) § 3, J. de leg. adgn. tut. (I, 15). L. 8, de R. J. (L. 17) y otros textos.

(*c*) La distincion de los efectos de la *mínima* y *máxima* cap. dem. está reconocida en principio en las L. 2, pr., L. 7, § 2, 3, de cap. min. (IV, 5).

efectos generales comunes á ambas, se debe considerar la *capitis deminutio* en sí, abstraccion hecha de los casos en donde se funda el poder paterno y de aquellos en que se destruye.

Además, nótase expresamente que la *mínima cap. dem.* no obra más que en la esfera del derecho privado; así, la arrogacion de un magistrado, de un senador ó de un *judex* no ejerce influencia alguna sobre sus funciones públicas (*a*).

En derecho privado produce los efectos siguientes: I. Derecho de familia. El matrimonio civil contraido antes de la *capitis deminutio,* no sufre en lo más mínimo, lo cual para la arrogacion y la emancipacion es claro; para el estado intermedio de la *mancipii causa* podria dudarse; pero el caso se encuentra formalmente prevenido (§ 67, d.)

La *mínima cap. dem.* destruye la agnacion, mas la cognacion permanece intacta (*b*), sea cualquiera la causa de la *capitis dem.*; la arrogacion (*c*), la adopcion ó la emancipacion. Este principio debe considerarse como una regla positiva que no se explica por sí misma de ninguna manera, porque para el emancipado principalmente era lo más natural que, en saliendo del poder paterno, hubiese conservado la agnacion con sus parientes colaterales; por esto Justiniano mantuvo el principio para la arrogacion; pero respecto á la emancipacion, decidió que no destruiria la agnacion (*d*). Por lo demás, sus últimas disposiciones legislativas quitaron á la agnacion sus efectos principales, y la cuestion hubo de perder su primitiva importancia práctica.

(*a*) L. 5, § 2, L. 6 de cap. min, (IV, 5). Ya hemos dicho § 67, nota *c*. con qué limitaciones debia seguramente ser aplicado este principio en los tiempos antiguos.

(*b*) Gayo I, § 158, 163; III, § 27. Ulpian. XXVIII, § 9. § 3, J. de leg. ad gn. tut. (I, 25). § I, J. de adquis. per adrog. (III, 10). L. b. de cap. min. (IV, 5). L. 8 de R. J. (L. 17).

(*c*) Este principio sufre una restriccion en cuanto á la arrogacion, haciendo pasar el arrogado bajo el poder de su padre adoptivo sus propios hijos, y de este modo, lejos de perder su agnacion, la mantiene en alguna suerte en su nueva familia.

(*d*) L. 13, § 1, C. de leg. her. (VI, 58). Despues de la muerte del hijo emancipado, su sucesion correspondia á sus hermanos de ambos sexos como agnados, no á su padre como patrono.

La *gentilidad* se destruia igualmente, en tanto que toda *mínima cap. dem.* rompia necesariamente los lazos existentes entre el *deminutus* y sus antiguos *gentiles* (*a*).

El patronato concluye á consecuencia de la *capitis dem.*, ya del patrono, ya del manumitido, punto que demostraremos más adelante cuando hablemos de los derechos diferentes unidos al patronato-tutela, *operarum obligatio*, sucesion (*b*).

La tutela no concluia en virtud de la *mínima cap. dem.* del tutor, sino en el caso de que fuera *legítima* y resultare de la Ley Decemviral; la *legítima* creada por las leyes posteriores, así como las tutelas testamentaria y dativa, sin distincion, continúan subsistiendo no obstante la *capitis deminutio* (*c*). En el antiguo derecho la *cessicia* se asimilaba á la *le-*

(*a*) Cicero. Top., § 6: «Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt... *Qui capite non sunt deminuti.*» Ciceron tuvo presente desde luego al hijo emancipado, y queria hacer constar que éste cesaba de pertenecer á la *gens* donde habia nacido si bien conservando su *nomen*. El adoptado como el arrogado dejan de pertenecer á su *gens*, lo cual no ofrece duda, puesto que perderian su *nomen*. Pero así como hemos visto que participaban de la agnacion en la nueva familia, ¿no puede, lógicamente pensando, creerse fueran incluidos en la *gens* cuyo *nomen* tomaban? El texto de Ciceron parece negarlo, porque habian sufrido una *capitis deminutio*. Respecto al adoptado que habia pasado por la *mancipii causa*, podria caeerse que, mediante esta circunstancia, quedaba perfectamente excluido de pertenecer á *gens* alguna formando parte de una tan noble y levantada institucion jurídica; pero en cuanto al arrogado, la duda no existe, y estamos autorizados para decir que Ciceron no ha pensado más que en la emancipacion.

(*b*) El derecho de patronato se perdia naturalmente por la máxima y la media cap. dem,; pero reaparece si el condenado obtenia gracia. L. I, de sent. passis (XLXIII, 23).

(*c*) L 3, § 9: L. 5, § 5, de legit. tutor. (XXVI, 4), § 4. J. quibus modis tut. (I, 22). De tel. (XXVII, 3), L. 7. pr. de cap. min. (IV, 5). «Tutelas etiam non amittit capitis deminutio, *exceptis his, quæ in jure alieno personis positis deferuntur.*» La excepcion consignada en este texto en términos muy oscuros, ha levantado siempre con razon graves dificultades: los unos ven en ella una circunlocucion incómoda para designar los agnados, y segun estos, *positis* quiere decir: «remanentibus usque ad mortem patris», los parientes que han conservado intacta su agnacion de orígen. Cm. Conradi Parerga, p. 190. Rudorff Vormunds-

gítima (*a*). La *capitis dem.* del pupilo hacia cesar siempre la tutela, porque no podia resultar sino de la arrogacion, y el pupilo caia entonces bajo el poder paterno, incompatible con la tutela (*b*).

§ LXX.—*Efectos de la* capitis deminutio.—Continuacion.

II. Derecho de las cosas. La propiedad no se destruye por la cap. dem., pues aun cuando los bienes del arrogado pasan al padre adoptivo, esto confirma el principio lejos de contradecirlo; en tanto que, destruida la propiedad, el primero no habria podido trasmitirla (*c*). El hijo emancipado que estando bajo la patria potestad habia adquirido un *castrense peculium* lo conservaba no obstante la *capitis deminutio*.

Las servidumbres personales, esto es, el *usufructus* y el *usus*, se rijen por principios diversos; pero esta materia requiere establecer algunos antecedentes para su completa in-

---

chaft (Tutela) III, p. 283. El escoliasta de las Basílicas apoya esta interpretacion; pero entonces la frase, prescindiendo de su increible oscuridad, seria á todas luces impropia, porque los tutores, *desde el momento en que la tutela les fuese conferida*, se encontrarian bajo el poder de otra persona (positis deferuntur), lo cual es imposible.—Los otros limitan la excepcion á la capitis dem. proveniente de la datio in adoptionem.—Mühlenbruch, A, L, Z. 1835, núm. 77, p. 609. Pero si aceptamos esto, todo encadenamiento lógico se rompe y se separa del texto, porque despues de haber asentado una excepcion, única en apariencia, tenemos más allá que añadir otra más importante aún que la primera. Algunos, siguiendo á Haloander, leen *non* deferuntur, lo que ofrece á su vez un sentido satisfactorio y sencillo á un tiempo; correccion que, como las interpretaciones todas de este autor, lleva consigo más valor que el de simple conjetura. Huschke, Rhein, Museum. t. VII, p. 68. Las interpretaciones que preceden, la primera y la última, ofrecen un resultado idéntico, evidente por sí y conforme á los principios: la segunda presenta una idea nueva y poco probable.—Ulpian. XI, 9, habla muy brevemente, y en términos muy generales, de cada una de las *legítima tutela*, sin hacer constar las excepciones introducidas por las *novæ leges*.

(*a*) Gayo, I, 1, § 170.

(*b*) L. 2. de leg. tutor. (XXVI, 4), § 4, J. quib. mod. tut. (I, 22).

(*c*) Esto es justamente lo que dice Gayo (III, § 83), en oposicion al usufructo.

teligencia. Cuando un indivíduo se hallaba colocado en una situacion de dependencia en el seno de la familia, un hijo ó un esclavo, y obtenia una servidumbre de este género, el derecho se adquiria por el padre ó el señor. Entonces se suscitaba la cuestion de saber si la duracion de la servidumbre era dependiente de la vida del hijo ó del esclavo y de su estado de dependencia. Segun la opinion más autorizada, la servidumbre terminaba por la muerte ó la emancipacion del hijo; por la muerte, la venta ó la manumision del esclavo. Justiniano adoptó la opinion contraria, y el padre ó el señor, una vez adquirido el usufructo, lo conservaba, á pesar de todos estos cambios (*a*).

Segun el antiguo derecho, toda *capitis deminutio*, aun la *mínima*, hacia extinguir el usufructo: Justiniano abolió tambien esta regla en cuanto se referia á la *mínima capitis deminutio* (*b*). Segun el derecho primitivo, las servidumbres terminaban si el usufructuante se daba en arrogacion, y entonces el usufructo no pasaba, á diferencia de lo que acontecia con la propiedad al padre adoptivo (*c*). Lo mismo sucede en la emancipacion del hijo que habia adquirido el usufructo á título de *castrense peculium* (*d*). La destruccion de las servidumbres se rije todavía por un principio especial, y no es una mera consecuencia del cambio de estado, porque tratándose del *castrense peculium*, parece ser que habria debido continuar en la persona del usufructuante, mientras que en la arrogacion habia debido trasmitirse al padre adoptivo y rejirse como el adquirido posteriormente á la arrogacion. Expondré en el § 72 las reglas relativas á las servidumbres personales anormales (*habitatio* et *operæ*).

(*a*) Fragm. Vat., § 57; L. 5, § 1; L. 18 quib. modis us. (VII, 4). L. 15 y 17. C. de usufr. (III, 33).

(*b*) L. I, pr. quib. modis us (VII, 4), es decir: Fragm. Vat., § 61.—§ I, J. de adqu. per arrog. (III, 10). Este texto es el único en que el *usus* es especialmente nombrado.—Gayo III, § 83. Paulus III, 6, § 29.—L 16, § 2, C. de usufr. (III, 33), § 3, J. de usufr. (II, 4). L. I de usu et us. leg. (XXXIII, 2). En el último texto, las palabras *ex magna causa* han sido intercaladas.

(*c*) Gayo III, § 83 (*arrogatio* et *coemtio*). Paulus III, 6, § 29 (*arrogatio* et *adoptio*): la adopcion se refiere á los textos citados en la nota *b*.

(*h*) L. 16, § 2, C. de usufructu (III, 33).

III. Derecho de obligaciones. Los efectos de la *capitis deminutio* en los créditos son en general poco notables, porque en el caso de la arrogacion se trasfieren al padre adoptivo, y, además, no podian existir antes de la emancipacion. Sin embargo, hay casos en que los créditos del arrogado no siguen perteneciéndole ni se trasmiten al padre adoptivo, sino que se destruyen por el solo hecho de la *capitis deminutio*. Así acontecé con la *obligatio operarum* contraida bajo la fé del juramento por un esclavo manumitido, que en principio iba unida al derecho de patronato actual y preexistente (*a*), y que en el caso de arrogacion, concluia con el patronato mismo. (§ 69) (*b*). Esta regla era evidentemente aplicada tambien al crédito nuevo resultante de la *litis contestatio* cuando el arrogado habia planteado una demanda por *legitimum judicium* (*c*), antes de su arrogacion. Y hé aquí aún una anomalía que la emancipacion nos ofrece: si el hijo bajo la influencia de la potestad patria hace una adstipulacion, la accion se adquiere por él, si bien ineficaz durante la vida del padre y sin que pudiera ejercitarla hasta despues de ocurrida la muerte de éste. Si el hijo obtenia la emancipacion, la accion se destruia á causa de la *capitis deminutio* (*d*).

En cuanto á las deudas, los efectos de la *cap. dem.* se manifestaban de una manera no menos clara, puesto que, segun el antiguo derecho, toda *mínima cap. dem.* las destruye (*e*). Además, como el hijo de familia sometido al poder paterno podia obligarse tan válidamente como su jefe (§ 67), parece que la *capitis deminutio* no ha introducido cambio alguno bajo este respecto. La anulacion de las deudas presentásenos, pues, como un efecto por extremo especial (*f*); así, el arroga-

---

(*a*) L. 56, pr. de fidej. (XLVI, I). L. 7, pr. de op. libert. (XXXVIII, I).

(*b*) Gaius III, § 83. § I, J. de adqu. per arrog. (III, 10).

(*c*) Gaius III, § 83. Este texto presenta varios vacíos. Huschke. Studien, I, 277, da una explicacion de la materia, en mi sentir, no suficientemente justificada.

(*d*) Gaius III. § 114. Em. § 67, notas *b* y *l*, § 74, nota *h*.

(*e*) Gaius IV, § 38 y III, § 84. Véase en este último texto la excelente restitucion de Göschen.

(*f*) Donellus XXI, 5, § 22 y Glück, t. VI, p. 26, consideran la *imaginaria servilis causa* que acompaña á la emancipacion, como el solo

do se libra de sus deudas, que no van al padre adoptivo, y el emancipado se libra igualmente, si bien antes de la emancipacion él puede obligarse y ser perseguido ante los tribunales (§ 67).

Sin embargo, este importante principio, el cual sufre numerosas excepciones, necesita ser precisado en sus términos. Ante todo hay que tener en cuenta que las deudas ineficaces aquí, lo son solo como obligaciones *civiles*, ó lo que es igual, en tanto que dan lugar á una accion. La *naturalis obligatio*, que forma su base, continúa subsistiendo (*a*). Pero el pretor, por medio de la *restitution*, protejía al acreedor contra la anulacion de la *civilis obligatio* (*b*), y por su concurso se permitia á éste perseguir en justicia al arrogado y al emancipado por sus deudas anteriores, y el pretor lo otorgaba siempre como recurso destinado únicamente á correjir la aplicacion literal demasiado rigurosa del antiguo derecho civil, pudiendo darse todavía una otra especie de restitucion si el contrato era posterior á la *capitis deminutio* (*c*).

Tiene esta restitucion algo de enigmático, porque el arrogado y el emancipado pueden, sin duda, obligarse; añadiendo Ulpiano que la restitucion dicha se presenta pocas veces (*interdum*) y que para el arrogado es inútil, puesto que éste puede, como cualquiera otro hijo de familia, contraer obligaciones civiles (*d*); así el emancipado tenia la misma capaci-

---

motivo de la abolicion de las deudas, y le niegan este efecto á la arrogacion. El texto de Gayo, nota *k*, es la prueba evidente de su error.

(*a*) L. 2, § 2. de cap. dem. (IV, 5). Véase más abajo nota *o*.

(*b*) L. 2. § I. L. 7, § 2, de cap. dem. min. (IV, 5). L. 2, de int. rest. (IV, I). Gaius III, § 84, IV, § 18. Estos distintos textos y Paulus I, 7, § 2, lo llaman expresamente una restitucion verdadera; pero era una restitucion anómala, bien diferente, por ejemplo, de la concedida á los menores. Véanse las notas *w* y *x*.

(*c*) L. 2. § 2. de cap. min. (IV, 5). «Hi, qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter: ceterum si postea imputare quis sibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba hujus Edicti pertinet. Sed *interdum*, si contrahatur cum is post capitis deminutionem, danda est actio. Et quidem, si adrogatus sit, nullus labor: *nam perinde obligabitur ut filiusfamilias.*

(*d*) Véase la nota que precede.—La arrogacion daba todavía lugar á otra accion, la de peculio contra el padre. L. 42, de peculio (XV, I); pero no hablo aquí sino de la accion contra el arrogado mismo.

dad. El caso excepcional del cual habla Ulpiano es el de una obligacion contraida durante la *mancipii causa*, y en los últimos tiempos la *mancipii causa* era solo un estado transitorio. Un contrato análogo no obligaba *civiliter* al hijo emancipado despues (§ 67); pero el acreedor debia sufrir el daño, porque él habria podido conocer la condicion actual de su deudor. Sin embargo, esta ignorancia era considerada como excusable algunas veces (*interdum*), y entonces se le concedia la restitucion (*a*).

Existian tambien, segun el antiguo derecho, ciertos casos en los cuales las deudas continuaban válidas, lo cual hacia inútil la restitucion, y son: 1.° Las deudas resultado de un delito (*b*), las cuales daban lugar á una accion aun tratándose del esclavo (§ 65); 2.° Las deudas consecuencia de un depósito, cuando el deudor posteriormente á la *capitis deminutio*, se encontraba todavía en posesion de la cosa (*c*); y 3.° Las deudas de una sucesion recibida por el arrogado antes de la arrogacion, porque al pasar la sucesion al padre adoptivo, las deudas eran comprendidas en ella *ipso jure* (*d*). Ta-

---

(*a*) Si admitimos que el jurisconsulto expresara formalmente este caso y que los compiladores han omitido hacer mencion de esta institucion caida en desuso, la oscuridad de dicho texto no necesita explicacion alguna.—Cujas Obs. VII, II, refiere este texto al contrato verificado por la mujer *in manu*, incapaz de obligarse, y á la restitucion introducida en favor de la parte que ignoraba la condicion de la mujer. Cujas supone que, segun el derecho antiguo, una *filiafamilias* no podia ser obligada, porque la *auctoritas tutoris* era admisible. He refutado esta doctrina en el apéndice V, y con ella cae por su base la explicacion de nuestro texto. Todo el fragmento á que nos referimos, ha sufrido muchas falsas interpretaciones, y más de una sospecha existe de torpes restituciones respecto á él: estas mismas palabras, *nullus labor* (en cuanto al arrogado no hay dificultad) quizá sean impropias del estilo de Ulpiano. Cf. Plinius. Hist. nat. XXVI, 72. «Phreneticos somnus sanat... E diverso lethargicos *excitare labor est*, hoc præstante... peucedani succo.»

(*b*) D. 2, § 3, de cap. min. (IV, 5). «Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit.»

(*c*) L. 21, pr. depos. (XVI, 3). Demostraré, § 74, que todas estas excepciones derivan de un mismo principio: véase principalmente § 74 notas *q* y *r*.

(*d*) Gaius. III, §... véase antes nota *k*.

les son los únicos casos incontrastablemente excepcionales. Cierto que muchos textos nos hablan de deudas civiles posteriores á la *capitis deminutio*, añadiendo á veces que el emancipado tiene contra estas acciones la *exceptio Sc. Macedionani* ó lo que denomina *beneficium competentiæ* (*a*); pero todos estos textos implican ya la restitucion pretoriana que en tal materia siempre se concede.

Veamos ahora qué lugar ocupa la doctrina presente en la legislacion justinianea. La restitucion pretoriana le habia arrebatado hacia tiempo su importancia práctica, y aun cuando se objete que frecuentemente, por ejemplo, con relacion á los menores, hay un grande interés en que la validez (ó la nulidad) de sus actos se muestre por sí misma ó por el recurso de la restitucion, esta diferencia procede de dos causas. De ordinario, el pretor se reservaba examinar el negocio y obrar segun las circunstancias (*b*): de otra parte, la restitucion estaba frecuentemente sometida á prescripciones de poco tiempo. Aquí, por el contrario, la accion contra el *capite deminutus* se concedia sin exámen prévio (*c*) y nunca prescribia (*d*).

Justiniano encontró, pues, la antigua regla de las deudas por *cápitis deus. minima* desprovista de todo su interés práctico; y ¡cosa singular! esta regla que no podia ser desconocida por su legislacion, no fué ni aun consignada, conociéndola nosotros de una manera positiva y directa solo por la Instituta de Gayo. Es cierto que aparece implícitamente en la legislacion justinianea y que hubiere habido contradiccion é inconsecuencia admitiendo la restitucion sin mencionar la antigua regla que solo la hacia necesaria; pero en este punto sus redactores fueron fieles al sistema seguido de introducir las menores modificaciones posibles en los elementos que

---

(*a*) L. 2, pr., L. 4. § 1; L. 5, pr.; L. 7, quod cum eo (XIV, 5) L. 9, C. eod. (IV, 26), L. 3, § 4 de minor. (IV, 4). L. I, § 2 de Sc. Mac. (XIV, 6). L. 38, § 2, pro. socio (XVII, 2). Cm. sobre este último texto, § 74, c.

(*b*) L. I, § I, de minor. (IV, 4) «... *uti quœque res erit* animadvertam.

(*c*) L. 2, § I, de cap. min. (IV, 5) «... judicium dabo,» sin añadir causa cognita.

(*d*) L. 2, § 5, eod. «Hoc judicium, *perpetuum est*, et.»

tomaban del derecho anterior, bastándoles que todos los textos de los antiguos jurisconsultos insertos en el título de *capitis deminutio* fueran verdaderos en cuanto á su último resultado práctico, como afirmativamente lo son, por más que su forma no se hallara en armonía completa con el conjunto de la legislacion.

La *maxima* y la *media cap. dem.* tenian sobre las deudas un efecto de naturaleza muy diferente. El antiguo deudor no quedaba libre, pero la deuda no se extinguia tampoco, sino que pasaba, como la de una sucesion, al nuevo poseedor de los bienes, que de ordinario era el fisco. Si consecuentemente á esto el condenado obtenia gracia y recobraba el derecho de ciudad, la restitucion no hacia nunca renacer sus antiguas deudas (*a*), y lo único que sucedia era que si al obtener esta gracia entraba en la posesion de sus bienes, las acciones de sus antiguos acreedores renacian directamente y sin necesidad del concurso de la restitucion pretoriana (*b*).

IV. Derecho de sucesion. La arrogacion, la *maxima* ó *media capitis deminutio* de un testador, hacen *irritum* (*c*) su testamento; y de otra parte, si el hijo sometido al poder paterno lega su *castrense peculium*, el testamento subsiste á pesar de la emancipacion (*d*). Así, no debemos, pues, establecer como regla absoluta que la *minima cap. deminutio* del testador anula su testamento. Anula esta la sucesion *ab intestato* cuando se rejia por la ley de las Doce Tablas, pero no cuando la determinan leyes posteriores (*e*); y por tanto, si

---

(*a*) L. 2, pr.; L. 7, § 2, 3, de cap. min. (IV, 5).—L. 30 de O. et A. (XLI, 7).—L. 47, pr. de fidejuss. (XLVI, 1).—L. 19, de duobus reis (XLV, 2). Cf. sobre este último texto, Schulting, notæ in Dig.

(*b*) L. 2, 3, de sent. passis (XLVIII, 23). L. 4, C. eod. (IX 5).

(*c*) Ulpian. XXIII, § 4; Gaius II, 145.—§ 4. J. quibus mod. tut. (II, 17). L. 6, § 5, 12, de injusto (XXVIII, 3).—Tales son las disposiciones del derecho civil. El pretor hacia prevalecer el testamento siempre que el testador, antes de su muerte, hubiera sido restablecido en su nuevo estado. Ulpian. XXIII, § 6.

(*d*) L. 6, § 13, de injusto (XXVIII, 3). L. I, § 8. de B. P. sec, tab. (XXXVII, II).

(*e*) Ulpiano XXVII, § 5.—L. 1, § 8. ad Sc. Ter. (XXXVIII, 17). L. 2, de suis (XXXVIII, 16). L. 1. un de leget. (XXXVIII, 7). L. 7, pr. de cap. min. (IV, 5). § 2, J. de Sc. Orphit. (III, 4).

de dos agnados hay uno que sufre la *minima cap. dem.*, ellos no pueden heredarse mútuamente. Del mismo modo pierde el patrono su derecho de suceder si él ó el liberto sufren los efectos de la *minima cap. dem.* (*a*). Por el contrario acontece al derecho de sucesion recíproco establecido entre la madre y sus hijos por los senado-consultos, que subsistia, bien que el hijo ó la madre hubieran sufrido una *minima cap. dem.* Esta no influye nada sobre la sucesion pretoriana si, en todo caso, exceptuamos la B. P. *unde legitimi*, en tanto que procede de la ley Decemviral. La abolicion del antiguo órden de sucesion era la consecuencia necesaria de la regla cuya mencion acabamos de hacer, segun la cual toda *minima cap. dem.* destruye la agnacion y aun el patronato, como condiciones del derecho de suceder, segun la ley de las Doce Tablas. Ahora bien; resumiendo cuanto hemos dicho sobre los efectos propios de la *capitis deminutio*, se verá que los más importantes son la destruccion de la agnacion, del patronato, de las servidumbres personales y de las deudas.

§ LXXI.—*De las materias del derecho anormal en sus relaciones con la capacidad jurídica y la* capitis deminutio.

Hay en la esfera jurídica una série numerosa de materias á las cuales las reglas sentadas préviamente sobre la capacidad de derecho y sobre la *capitis deminutio* siempre son aplicables en su total extension. Procede esto de que tales asuntos, parecidos en la forma á las restantes materias jurídicas, refiérense ménos al hombre como sujeto del derecho privado, que cuando le consideramos bajo un punto de vista social ó político; de tal manera, que su accion es extraña hasta cierto punto á la capacidad jurídica, siendo el derecho de bienes donde estas anomalías se ofrecen principalmente numerosas y en toda la plenitud de sus efectos. De ordinario, mediante ellas, el que seria incapaz de presentarse en juicio segun los principios generales del derecho, se hace apto para

---

(*a*) Este caso se menciona expresamente en Ulpiano XXVII, 5, Gaius III, § 51.—Cm., L. 2, § 2: L. 23, pr. de bon. lib. (XXXVIII, 2). L. 3, § 4, 5. de adsign. lib. (XXXVIII, 4).

ello; y finalmente, ejercen influencia, la más distinta á veces, sobre la condicion del *filiusfamilias* y sobre la *minima capitis deminutio*, extendiendo tambien fuera de los casos citados á otros muchos su eficacia.

Debo advertir aquí, ante todo, que no han de colocarse sobre la misma línea estas diversas anomalías, y creer que allí en donde se presentan excluyen por este sólo hecho la aplicacion de las leyes generales sobre la capacidad. Antes bien se procura establecer una escala de proporcion que nos permita apreciar los diferentes casos, y estimar cuanto se aparta cada uno, en el límite de sus exigencias particulares, de los grandes principios que rijen la materia. Por lo cual, separándonos de extremadas generalidades, debemos decir que el carácter comun que une todas estas anomalías, cuando se las compara á las restantes instituciones de derecho, es el de tener *una naturaleza un poco ménos jurídica* que ellas: hé aquí á este respecto lo que dice oportunamente un jurisconsulto romano con ocasion de una de las referidas anomalías: *«in facto potius quam in jure consistit» (a)*.

Al estudiar estos casos de anomalía se descubren muchos caractéres especiales que, en sí mismos, no tienen una relacion estrecha con la capacidad de derecho:

1.° Todos estos derechos, salvo quizá una sola excepcion hecha, no se trasmiten á los herederos de la persona. En efecto, los derechos propiamente así dichos, los derechos de bienes, constituyen por sí solos el contenido de las sucesiones. Y si el sujeto de una de estas relaciones de derecho anormal muere, dicha relacion, inherente al indivíduo, está llamada á destruirse con él; no obstante que habria grave error en creer, invirtiendo la proposicion, se consideraban como teniendo una naturaleza menos jurídica todas las relaciones que no formasen parte de las sucesiones.

El poder paterno, el usufructo, la posesion jurídica, no se trasmiten á los herederos; pero no son por esto menos relaciones de derecho, propiamente hablando, y por tanto sometidas á todas las reglas sobre la capacidad.

2.° En muchos casos, y á veces en los más importantes,

(*a*) L. 10 de cap. min. (IV, 5).

encontramos una *actio in æquum et bonum concepta*; al contrario, en donde quiera que veamos una accion parecida, la anomalía existe, y está llamada principalmente á anular los efectos de la *capitis deminutio* (§ 72, *y*); pero este último punto exije mayor exclarecimiento. Se considera frecuentemente la referida accion como estando basada sobre los principios de la pura equidad, sobre el *jus gentium* y no sobre las reglas extrictas del *jus civile* de los romanos. Tal es, en efecto, el sentido de las palabras *æquum et bonum* consideradas en sí mismas; y cuando se procura inquirir el fundamento de una parecida accion, no se le puede encontrar otro. Si, por ejemplo, hablando de las condiciones se dice: *ex æquo et bono habet repetitionem y: ex bono et æquo introducta (a)*; es necesario reconocer que las condiciones pertenecen al derecho de bienes, son trasmisibles, se hallan sometidas á todas las restricciones de la capacidad, y no tienen, por tanto, relacion alguna con las anomalías que nos ocupan. Pero esto cambia de aspecto si preguntamos cuáles son los efectos de una accion, cuya extension, por ejemplo, queda al criterio del juez en lo que toca al límite y al objeto de su sentencia. En este punto el antiguo derecho distingue tres grados:

A. *Stricte juris judicium*, si el objeto ó la demanda es de *certa pecunia*. Entonces el pretor fijaba por medio de la fórmula una suma, la cual no podia el juez aumentar ni disminuir, pero estaba obligado á prescribir el pago ó á rechazar la demanda.

B. *Bonæ fidei et arbitraria judicia*. La fórmula no fijaba en este caso ninguna suma; sin embargo, dejaba su límite á la prudencia del juez, cuya latitud se designaba por las palabras *bonum et æquum (b)*. Aquí, no obstante, el juez estaba influido por el objeto mismo base de la pretension, y el precio de la condena resultaba necesariamente del corriente y usual para las cosas de que se trataba. Si, pues, la suma no ha de

(*a*) L. 65, § 4; L. 66 de cond. indeb. (XII, 6).

(*b*) § 30, J. de act. (IV, 6). «*Ex bono et æquo* æstimandi.»—§ 30, eod. «permittitur judici *ex bono et æquo*... æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.» En las acciones *stricti juris*, el juez tenia una independencia casi análoga, cuando el objeto de la demanda era indeterminado (*in incertum*).

ser fijada por el pretor y sí por la naturaleza del litigio, era necesario admitir que dos jueces igualmente experimentados, deberán fijar idéntica cantidad siempre.

C. Las acciones que ahora examinamos tienen un carácter de todo punto diferentes. El juez no se halla cohibido por el pretor ni por la condicion del objeto litigioso; y su independencia es de tal modo limitada, que es posible, lo cual no era fácil sucediera antes, que dos jueces igualmente hábiles, íntegros é ilustrados, establecieran cantidades muy diversas en sus decisiones (*a*). Los textos cuya diccion es más segura, señalan tambien esta amplitud excepcional ya citada: *actio in bonum et æquum concepta*. A primera vista se concibe penosamente que la adicion de la palabra *concepta* tenga una tan ámplia extension; pero muchas razones confirman el valor real de esta distincion sutil en apariencia. La palabra *concepta* prueba que la fórmula refiérese literalmente al *bonum et æqum;* así la de la *actio rei uxoriæ*, probablemente la más antigua de su clase, nos mostraba esta idea en los siguientes términos: *quod æquius melius* (*b*). Muchas fórmulas introducidas por el pretor sucesivamente para diferentes casos empleaban expresiones más modernas: *Quanti æquum*, ó *quanti bonum æquum judici videbitur* (*c*). Las anteriores palabras, añadidas á las fórmulas, designaban la latitud excepcional concedida al juez y distinguian la accion que nos ocupa de las *bonæ fidei* (*d*). De aquí que si en dere-

---

(*a*) Resulta esto evidente en la accion de *injuria* (Gaius III, § 224), en donde la determinacion de la suma se apoya sobre un sentimiento subjetivo, sin tener nada de comun con los perjuicios é intereses, á los cuales puede dar lugar un contrato de venta, v. gr. Más adelante hallaremos tambien otros casos que tienen el mismo carácter diferente, aun cuando menos marcado.

(*b*) Cicero. Top. C. 17, de officiis, III, 15. Se encuentran alusiones literales á estos términos del Edicto en la L. 82, de solut. (XLVI, 3). L. 66, § 7, sol matr. (XXIV, 3).—Sobre la analogia de esta accion con otras, Cm. § 72, ec.

(*c*) Esta frase se encuentra en los siguientes parajes del Edicto: L. I, pr. de his qui effud. (IX, 3). L. 42, de ædo. ed. CXXI, 1). L. 3. pr. de sepulchro viol. (XLVII, 12).

(*d*) Si, pues, las Institutas (§ 29, de act., IV, 12) incluyen entre las *actiones bonæ fidei la actio rei uxoriæ*, que, á causa de estas palabras

cho romano es representada expresamente como *in æquum bonum concepta*, la anomalía que acabo de exponer no es dudosa. No obstante, los antiguos no aceptan siempre esta fraseología (*a*), y si bien algunas veces la emplean es para dar la misma idea de los términos más generales y menos precisos: *ex bono et æquo est*, ó bien *oritur* (*b*). Dichos términos, cuya grande ambigüedad se ha hecho notar, no bastan, sin embargo, para establecer el carácter anómalo de la accion y es necesario buscarle en otras circunstancias (*c*).

æquius melius, era *in bonum et æquum concepta*, en lo cual no existe contradiccion puesto que todas las reglas relativas á las *actiones bonæ fidei* encontraban aquí su aplicacion, salvo una libertad excepcional en el juez.

(*a*) La denominacion actio in bonum et æquum *concepta*, solo se aplica á las dos siguientes acciones: 1.ª, Actio rei uxoriæ. L. 8, de cap. min. (IV, 5): y 2.ª. Actio sepulchri violati. L. 10 de sepulchro viol. (XLVII, 12).—Además, toda accion que tiene este carácter, queda fuera de los efectos de la *capitis deminutio*, que es lo que expresamente dice la L. 8, de cap. min. (IV, 5). Véase § 72, nota *y*.

(*b*) Esto es: 1.º La accion de injuria. L. 2, § I de injur. (XLVII, 10), probándonos muchas alusiones que las palabras *bonum et æquum* estaban contenidas en la fórmula. L. 18, pr. eod.; L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7); 2.º La accion de effusis; L. 5, § 5, de his qui effud. (IX), sabiendo para esto directamente por el texto del Edicto que su fórmula encerraba estas expresiones sacramentales. L. I, pr. eod.—Bajo dicha relacion la *funeraria actio* es muy notable, pues no solo se origina ella *ex bono et æquo*, sino que el juez tiene además una gran latitud (L. 14, § 6. de relig. XI, 7). No era, por consiguiente más que una accion relativa á los bienes, y no se comprende ciertamente en ninguna de las anomalías que se acaban de citar; tampoco era in bonum et æquum *concepta*, y no solo deja de encontrarse esta expresion en parte alguna, lo que podria ser una circunstancia puramente accidental, como para la accion de injurias, sino que por el texto del Edicto se sabe que esta palabra no se contenia en su fórmula. L. 12, § 2 de relig. XI, 7.

(*c*) Cujas ha reconocido muy bien el carácter propio de la accion *in bonum et æquum concepta*, su diferencia de la *bonæ fidei*, su relacion con la fórmula *æquius melius*, y, por último, atribuye con razon este carácter á las cuatro acciones: *de dote* (*rei uxoriæ*), *injuriarum*, *de effusis et sepulchri violati*; lo cual reproduce casi literalmente en el Commt. sobre Paulus ad edictum, con ocasion de la L. 9. de cap.

Ya he dicho antes que una gran parte de las materias del derecho anormal, del cual me estoy ocupando, consiste en las acciones, y muy principalmente en las que el *filiusfamilias* puede ejercitar por vía de excepcion; y á fin de conseguir se comprendan mejor las aplicaciones particulares de este principio, conviene se haga la exposicion del *derecho de la accion* del hijo con mayor suma de pormenores de los consignados en el resúmen general de su capacidad.

1.° Como demandado: A. En tal concepto, en su nombre personal, no hay nada de difícil resolucion, porque el hijo de familia puede contraer deudas y ser ejecutado por el pago como si hubiera sido *sui juris* (§ 67). B. Como demandado en nombre de su padre: El hijo podia, como un extraño, aceptar poderes de su padre *(a)*; pero le está prohibido, como á un extraño, presentarse expontáneamente en juicio. Seria, pues, un error creer que el hijo puede por sí mismo representar, á nombre de su padre, la *actio peculio*, de la cual es intermediario. El principio de esta accion descansa sobre él mismo, pero una vez nacida se hace extraña y se asimila completamente á las restantes deudas de su padre.

2.° Como actor: A. En nombre de su padre. En este concepto puede el hijo, como cualquiera otro, recibir poderes de su padre (nota *l*): fuera de este caso carece de aptitud para presentarse en juicio. Así, el peculio que el padre da á su hijo no implica de ningun modo la facultad de defender ante los tribunales los derechos anejos al mismo (*b*). El hijo puede

---

min. (Opp., t. V, p. 161); pero sin dar al asunto el desarrollo que requiere, extension de todo punto necesaria si ha de aclararse enteramente.

(*a*) L. 8, pr. in f.; L. 33, pr. de proc. (III, 3).

(*b*) Nótase una reminiscencia notable de este principio en la L. 8, pr. C de bonis quæ, lib. (VI, 61). Respecto al peculio llamado *adventitium extraordinarium*, el hijo no puede intentar una accion sin el consentimiento de su padre; mas como el padre podia ser compelido á prestar aquel, quedaba reducida la prohibicion á una simple formalidad, mantenida por el recuerdo del antiguo derecho. «Necesitate per officium judicis, patri imponenda tantummodo filio consentire, vel agenti, vel fugienti, *ne judicium sine patris voluntate videatur consentire*.» Las palabras vel fugienti (demandado) destinadas al complement

en algunas ocasiones, por vía de excepcion, ejercitar una *utilis actio* en el concepto de procurador que se presumia fundadamente para él si el padre se encontraba ausente, y cuando las acciones iban á extinguirse ó diferirse por muy largo plazo. Regla que halla notablemente su aplicacion en los casos de accion por robo, violencia corporal, préstamo, depósito, mandato, sobre todo cuando los dichos contratos ó delitos se refieren á la persona del hijo, y él mismo ha adquirido estas acciones de su padre. En algunos de los casos precedentes se añade, como consideracion subsidiaria, que el hijo se viera expuesto á sufrir por el no ejercicio de la accion, si, por ejemplo, ha prestado una cantidad de dinero destinada á pago de un viaje, se le ha robado, etc.; pero este motivo no es fundamental y deja de ser tambien una condicion de la regla *(a)*.

En ninguno de ellos se examinaba si el orígen de la accion se referia ó no al peculio, y no habia necesidad de determinar rigurosamente las condiciones esenciales de la capacidad del hijo, puesto que se encontraba impedido de ejercitar las acciones de que nos ocupamos sin el consentimiento del magistrado. No hay tampoco necesidad de añadir que el beneficio que resultaba de su práctica era obtenido por el papadre.

B. En nombre propio: Este último caso es el único que pertenece al derecho anormal, del cual me ocupo, si bien su relacion con otros era indispensable para que pudiera ser comprendido y se le concediera su justo valor. De ordinario, el hijo no podia intentar una accion en su nombre, porque personalmente carecia de todo derecho que tuviese necesidad de ser protejido por una accion *(b)*; no podia revindicar porque no era propietario, ni reclamar el pago de una obliga-

lógico de la idea, parecen añadidas por inadvertencia, porque aun en el antiguo derecho se podia intentar una accion entre el hijo sin conocimiento del padre, y aun oponiéndose éste. L. 3, § 4, de minor., IV, 4.

(*a*) L. 18, § 1 de judic. (V, 1), L. 17, de reb. cred. (XII, 1).

(*b*) L. 13, § 2, quod vi (XLIII. 24). «Idem ait, adversum filiumfamilias in re peculiari neminem clam videri fecisse: namque si scit eum filiumfamilias esse, non videtur ejus celandi gratia fecisse, *quem certum est nullum secum actionem habere*.»

cion, no pudiendo, como así sucedia, ser acreedor, incapacidad que resultaba forzosamente de su posicion en la familia, no porque procediese de exclusion alguna especial de los negocios judiciales por parte suya. Tampoco podia por lo regular ejercitar ninguna accion, aun disuelto el vínculo de la potestad patria, para un hecho realizado cuando aquel no habia sido todavía roto (*a*).

Pero hay muchos casos excepcionales é importantes en los que el hijo puede obrar en nombre propio, y estas son precisamente las anomalías cuya exposicion detallada exije el anterior preámbulo (*b*).

(*a*) Si un objeto, por ejemplo, perteneciente al peculio es robado, la *actio furti* pertenece al padre y no al hijo, porque el derecho del padre solo es perturbado y la emancipacion en nada cambia el principio. De otra parte, si el hijo alquila un caballo y se lo roban, ni el derecho del padre ni el del hijo han sufrido lesion; pero si el hijo contrae la obligacion de indemnizar al dueño del animal tomado en alquiler, la *actio furti* le pertenece como si fuese un locatario, *sui juris*. (L. 14, § 16, de furtis XLVII, 2); y despues de la disolucion del poder paterno se le concede interponer por sí mismo esta accion, pues su deuda frente al propietario subsiste siempre. (En tanto dura la patria potestad, la accion está en suspenso, porque el padre no representa interés alguno. L. 14, § 10. de furtis XLVII, 2). Así es como debemos interpretar la ley 58 de furtis (XLVII, 2): «Si filiofamilias furtum factum esset› recte is paterfamilias factus eo nomine aget. Sed et si res si locate subrepta fuit, pater familias factus ibidem agere poterit.» El primer caso se refiere evidentemente al *peculium castrense*, pues desde la época de Juliano era este el único caso en que era lícito afirmar se habia cometido un robo en *perjuicio del hijo*. Quizá Juliano hubiera consignado esta diferencia y los compiladores la omitieran en a creencia de que en su tiempo el hijo tenia capacidad para ser propietario bajo otros conceptos. Véase á Cujas, obs. XXVI, 5, pasaje reproducido casi literalmente. Recit. in Julianum. Opp., VI, 500.

(*b*) La L. 8, pr. de proc. (III, 3) habla de estas excepciones en términos generales. «Si quæ sit actio qua ipse experire potest.» La L. 9 de O. et A. (XLIV, 7) las enumera en el órden siguiente: «Filiusfamilias *suo nomine* nullam actionem habet, nisi injuriarum, et quod vi aut clam, et depositi, et commodati, ut Julianus putat.» Las palabras *suo nomine* excluyen claramente el caso en que hay presuncion de mandato. L. 18, § 1, de judic. (V, 1). Además de estas cuatro acciones, veremos bien pronto muchas otras que pertenecen tambien al hijo *suo*

Interesa distinguir bien, ante todo, estos casos excepcionales de aquellos en que el hijo no obra en nombre propio, sino presumiéndose fundadamente una representacion, que es lo que los autores modernos han confundido con mayor frecuencia. Desde luego encontramos una distincion fundamental entre ambos géneros de casos: cuando el hijo obra en nombre propio la autorizacion del magistrado, y sobre todo la contradiccion del padre, no tienen influencia alguna, en tanto que si el hijo lo verifica á virtud de una delegacion presumida, la voluntad del padre basta evidentemente para detener la accion (*a*). Si una de estas acciones excepcionales conduce á un derecho de bienes, por ejemplo, al pago de una cantidad de dinero, dicha suma es adquirida siempre por el padre, aun cuando el hijo haya podido obrar y en efecto lo haya verificado así en su nombre propio.

Debo, sin embargo, hacer mencion de una dificultad que ofrecia el procedimiento antiguo. En la mayor parte de las fórmulas el actor se presentaba como investido de un derecho, por ejemplo, *si paret hominem ex jure quiritium Auli Agerii esse, ó si paret N. Negidium A. Agerio, SS X millia dare oportere*. La primera de estas fórmulas presenta al actor como propietario; la segunda como acreedor, que, como se vé, eran además cualidades incompatibles en principio con la con-

---

nomine. ¿Cómo explicar esta contradiccion? Sin duda que para las cuatro acciones de las cuales habla Juliano, ha sido reconocido el principio generalmente, más bien que para las restantes.

(*a*) Verdaderamente la L. 18, § 1, de jud. (nota *n*) no dice de un modo expreso que el hijo obre como mandatario de su padre, pero resulta así con evidencia de las circunstancias siguientes: 1.°, las palabras *suo nomine* de la L. 9 de O. y A. se refieren á ciertos casos especiales rigurosamente determinados, en tanto que en la 18 el derecho del hijo es reconocido de la manera más general, limitándome á citar algunas aplicaciones; 2.°, segun dicha ley 18, el hijo no obra válidamente sino en un caso, «si non sit qui patris nomine agat.» Es excluido si el padre nombra un mandatario, y con mayor motivo si rechaza su intervencion; 3.°, este mandato que se supone, ¿es solo una aplicacion de un parecido mandato conferido á muchos parientes ó deudos? (Ley 35, pro. de proc.) Y si se expresa así formalmente para el hijo y se dan los motivos, es porque en principio el hijo no podia figurar como actor. (Nota *o*).

dicion del hijo de familia. Y era de tal modo grave la dificultad, que á éste, que podia adquirir para su padre por medio de la mancipacion, le estaba prohibido hacerlo valiéndose de la *in jure cessio*, porque dicho modo de adquirir se fundaba en una revindicacion simbólica (*a*). ¿Cómo conciliar, pues, con dicha regla la accion excepcional del hijo? Se podia verificar esto de dos modos: primero, por medio de una fórmula *in factum concepta*, en donde se exigia como condicion del juicio, no un derecho existente, sino un hecho. Puede ser que esta especie de fórmula fuera imaginada en vista de tales anomalías, ó por lo menos, es digno de notarse que Gayo da muchos ejemplos de la fórmula *in factum concepta*, que al mismo tiempo se refieren á los casos excepcionales, en los cuales el hijo obra *suo nomime (b)*; segundo, salvábase aún de una manera más perentoria la dificultad cuando el negocio, en vez de ser remitido de nuevo por una *fòrumla* á un *juez*, se diferia para la *extraordinaria cognitio* de un magistrado *(c)*. El primer medio no podia aplicarse sino á las acciones excepcionales del *filiusfamilias*; el segundo era susceptible de mucha más extension: así, por ejemplo, servia para todas las acciones anormales de los esclavos, de lo cual paso á ocuparme en breve. Lo que acabo de exponer sobre la capacidad del *filiusfamilias* para presentarse en juicio, es igual-

---

(*a*) Gaius II, § 96.

(*b*) Gaius II, § 46-47. Por esto se explica la ley de 13 de O. et A. (XLIV, 7). «In factum actiones filii familiarum possunt exercere.» Se ha creido frecuentemente que este texto reconocia al hijo el derecho de ejercitar *todas* las acciones *in factum*, lo que estaria en contradiccion con la ley 9, eod. (véase la nota *q*), que no concede al hijo sino el ejercicio de ciertas acciones determinadas, bien que su enumeracion no sea completa en esta ley. Ahora hé aquí el sentido de la ley 13 citada. La fórmula *in factum concepta* no es una clase de procedimiento que prohibe al hijo de familia el ejercicio de estas acciones, pudiendo ellos intentarlo siempre que sean hábiles para intentar á su vez la accion en sí misma; á las acciones referidas se aplica tambien, aun cuando no exclusivamente, el principio «*in facto potius quam in jure consistit*,» (nota *a*).

(*c*) Ley 17, de reb. cred. (XII, I), «extraordinario judicio» (nota *n*).

mente aplicable, sin distincion de sexo, respecto á los hijos y las hijas *(a)*.

Hasta aquí he tratado de esta materia considerándola bajo el punto de vista del antiguo derecho; las modificaciones traidas á continuacion á los efectos del poder patrio han introducido en esta parte del derecho grandes cambios, de los que más tarde me ocuparé.

§ LXXII.—*De las materias del derecho anormal con sus relaciones con la capacidad jurídica y la* capitis deminutio. (Continuacion.)

Despues de haber definido la naturaleza de estas anomalías (§ 71), debo examinar sus diferentes casos, que se pueden dividir en cuatro grandes grupos.

I. Derechos cuyo objeto inmediato consiste en el mantenimiento de la vida física.

La propiedad y las obligaciones conducentes á la primera nos ofrecen los medios de llegar al fin de nuestro propósito, si bien en cuanto á la determinacion de éste como respecto á la eleccion de los medios, nuestra libertad en nada se limita. Cuando anteriormente (§ 53) he definido los bienes como una extension del poder individual, la definicion llevaba consigo una libertad completa en la eleccion del fin y de los medios. El valor de la moneda, á la cual todos los bienes pueden reducirse, hace resaltar perfectamente esta relacion; porque el

---

(a) El hijo y la hija tienen capacidad igual para contraer deudas, (véase el apéndice V). En cuanto al derecho especial de intentar una accion, la ley 8, par. de pr. (III, 3), coloca á ambos sobre la misma línea. Esta asimilacion se encuentra tambien en la ley 3, § 4, commod. (XIII, 6), en donde su segundo miembro «cum filio autem familias, etc.» no ha sido reproducido para la hija, porque el jurisconsulto pensaba que el lector supliria por sí la repeticion; si Ulpiano hubiera querido hacer á este respecto una distincion entre ambos sexos, indudablemente se habria expresado de otro modo. Generalmente las mujeres no pueden aceptar un mandato judicial (L, I, § 5, de postul., III, 1). La hija puede, por excepcion, representar á su padre en juicio (causa cognita) y cuando al padre no le ha sido dado hallar otro procurador. Ley I, 41, de proc. (III, 3).

metal acuñado, inútil en sí mismo, no tiene significacion sino como medio de obtener un fin indeterminado, es decir, como extension absoluta de poder. Además, hay derechos que, satisfaciendo desde luego á necesidades de nuestra existencia, impiden la libertad en la eleccion de los medios, ó, al ménos, la restrinjen, de tal manera que nos colocan en una especie de tutela; para esta clase de derecho es para lo que las restricciones de la capacidad, con carácter general, han sido anuladas, ó siquiera modificadas, poniendo ahora un ejemplo para la más fácil inteligencia de lo que decimos. Si se quiere dar á un pobre sus alimentos, se le puede pagar una suma determinada cada mes para que tenga derecho á ir á una hospedería; éste será un derecho anormal, y la obra de caridad que se realiza tendrá un carácter tutelar. Podríase tambien entregar cada mes la misma suma al pobre, lo que le permitiria obtener directamente idénticos resultados, pero en este caso su libertad no queda encadenada, pudiendo cambiar el destino del dinero, emplearlo mejor ó peor, vivir con menos dispendio y distribuir el resto en hacer buenas obras, ó disiparle en el juego. Hablando de las obligaciones que tienen este carácter anormal, dice muy oportunamente un jurisconsulto romano: *naturalem prœstationem habere intelliguntur (a)*, ó en otros términos, tienen por objeto una prestacion natural, la satisfaccion inmediata de una necesidad, con exclusion de la libertad que presta la donacion de una suma de dinero. Por esto los autores modernos se engañan cuando refieren las expresiones de este texto al *jus gentium*, la *bona fides* ó á una *naturalis obligatio*, cuya última interpretacion está refutada por el texto mismo, siendo así que él habla de una obligacion que da lugar á una *actio (civilis obligatio)*. Hé aquí ahora las diversas instituciones que componen esta clase de derechos.

A. Legados de alimentos. La palabra alimentos, tomada aquí en su verdadera acepcion, designa los medios de satisfacer las necesidades del cuerpo, la proteccion contra el hambre y el frio, es decir, la comida, los vestidos y la habitacion, lo que excluye todo otro órden de ideas, y principalmente cuanto á la inteligencia y á la cultura del espíritu se refie-

---

(a) Ley 8 de cap. min. (IV, 5).

re (*a*). Esta definicion da por sí sola un resultado uniforme y general, porque las necesidades corporales son idénticas para todos los hombres, á pesar de las diferencias que puede ofrecer el modo de satisfacerlas. Tambien los romanos hacen en este punto distinciones sobre los principios tocantes á la capacidad, porque estos derechos pueden hacer mencion á la esclavitud y sobrevivir á la *maxima capitis deminutio*. Debiendo entenderse este derecho en el sentido de que si un legado de alimentos se hace á un esclavo ordinario, no se suscita aquí excepcion alguna, y el señor se aprovecha de la alimentacion de su esclavo, por cuya mediacion la adquiere como cualquiera otra propiedad á él mismo legada, dejando de existir todo apartamiento de las reglas sobre la capacidad de derecho (*b*). Pasemos á tratar del esclavo sin dueño.

El *servus pœne* es capaz para recibir un legado de alimentos, y la *maxima capitis deminutio* no desposee de su capacidad anterior al hombre libre que la ha tenido una vez; todo otro legado hecho á un *servus pœne* seria nulo, porque personalmente era incapaz de aceptarlo y no tenia señor á quien trasmitirlo (*c*). La anomalía se muestra además en ciertos casos, en los cuales el señor que en principio puede hacer sentir el hambre á su esclavo, se halla por excepcion

---

(*a*) Ley 6 de alim. leg. (XXXIV, I). «Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, *quia sine his ali corpus non potest: cætera, quæ ad disciplinam pertinent*, legato non continentur.»

(*b*) Ley 42 de condit. (XXXV, I). «.... si cibaria servis Titii legentur, procul dubio domini est, non servorum legatum.» Ley 15, § I de alim. leg. (XXXIV, I).

(*c*) Ley 3, pr. § I de his quæ pro non script. (XXXIV. 8). «Si in metallum damnato quid *extra causam alimentorum* relictum fuerit, *pro non scripto est* (así el legado es válido en cuanto á los alimentos), nec ad fiscum pertinet: nam pœne servus est non Cæsaris et ita D. Pius rescripsit etc.» Ley II de alim. leg. (XXXIV, I). «Is cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est. Respondi, cum *et præcedentium annorum recte cepisse alimenta*, et sequentium deberi ei.» Los *præcedentes anni* son las anualidades vencidas anteriormente á la restitucion y durante la esclavitud, no las mismas antes de la condenacion; entonces no habria motivo á la menor duda.

obligado á alimentarle si la manumision del esclavo ó su tradicion á otro dueño está asegurada para el porvenir (*a*). No se sabe exactamente cómo se aplicaban estas reglas; pero no ofrece duda que se hacia extraordinariamente por la mediacion del magistrado, en la misma forma que los fideicomisos, y estas reglas son probablemente posteriores al tiempo en que se concedió validez á los fideicomisos (*b*).

Otro caso hallamos tambien que es necesario no confundir con el legado de alimentos, no obstante la semejanza que en apariencia con él tiene: el legado de una renta periódica (*annuum, menstruum legatum*) es idéntico al de una suma de dinero, porque el legatario, á diferencia de lo que sucede con el legado de alimentos, puede disponer de las rentas ó pensiones con una libertad absoluta. Un legado parecido no pertenece, pues, al derecho anormal, y el esclavo no tenia capacidad para recibirle (*c*) Vemos, sin embargo, que la *ca-*

(*a*) Ley 17 de alim. leg. (XXXIV, I). Ley 16 de annuis leg. (XXXIII, I). «Servus post decem annos liber esse jussus est, legatumque ei ex die mortis domini in annos singulos relictum est: eorum quidem annorum, quibus jam liber erit, legatum debebitur: *interim autem hæresei alimenta præstare compellitur.*» Este último caso es muy notable é instructivo. El legado de una renta anual era un legado ordinario que el esclavo no tenia capacidad para recibir; por esto mientras duraba el tiempo de la esclavitud, se convertia, segun la intencion evidente del testador, la renta anual como fuera primitivamente, en legado de alimentos, para la que era capaz el esclavo estando obligado su señor á la liberacion.

(*b*) Estas palabras de la ley 17 de alim. leg. (XXXIV, I). «Officio *judicis*» no hacen dudoso el caso, porque en la ley 3 eod. se lee: Solent *judices* ex causa alimentorum libertos dividere, y sin embargo, aquí se trataba de los cónsules (Cm. § I, J, de fid. her. II, 23). Es posible que se haya escojido la expresion general de *judex*, como abrazando á la vez los cónsules y el pretor fideicomisario. Siempre sucedia que, segun las reglas del procedimiento, el esclavo no podia comparecer ante el *prætor urbanus*.

(*c*) Por la ley 3, de his quæ non scr. (nota *d*), un legado hecho á un esclavo, y que excede los alimentos, es absolutamente nulo, y por consiguiente, tambien el *annuum legatum*.—En el caso de la ley 16, de ann. leg. (nota *e*), el *annuum legatum* hecho á un esclavo tiene [necesidad] para ser válido de trasformarse en un legado de alimentos.

pitis deminutio deja subsistente este legado (*a*); pero segun un principio distinto del que domina en tales materias. El de una renta anual era considerado como formando varios legados distintos é independientes los unos de los otros. Así, vemos que la emancipacion del legatario no le impedia recibir las pensiones vencidas, consideradas como otros tantos legados no definidos todavía (*b*). La renta anual se asimilaba por completo al legado de usufructo, que, por excepcion, continuaba subsistiendo á pesar de la *capitis deminutio*, si el testador habia repetido su disposicion para muchos años, sea en el caso de caducidad á consecuencia de la *capitis deminutio*, sea añadiendo la fijacion de un plazo cualquiera, por ejemplo, diez años, ó bien por la vida del legatario (*c*). Este usufructo no constituia un derecho anormal y estaba sometido á las reglas generales sobre la capacidad jurídica, y los legados futuros, no definidos todavía, eran los únicos que escapaban á los efectos de la *capitis deminutio*.

B. Legados de *habitatio et opœre*.

La palabra *habitatio* significa el derecho á tener un abrigo en un edificio determinado, y de este modo considerada forma parte del legado de alimentos (nota *b*). El gran principio que domina la materia *(in facto potius quam in jure consistit)* debia encontrar aquí naturalmente su aplicacion y sustraerse la *habitatio* á las reglas generales sobre la capacidad y á los efectos de la *capitis deminutio*. Este último punto es el

---

(*a*) Ley 10, de cap. min. (IV, 5); L. 8, L. 4, de ann. leg. (XXXIII, 1).

(*b*) No pretendo examinar si los jurisconsultos romanos mismos han olvidado algunas veces esta distincion: se podia, sin embargo, creer segun la ley 10 de cap. min. (IV, 5). «Legatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur... capitis deminutione.... interveniente perseverat, *quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit*.» Este principio designa precisamente las materias del derecho anormal (§ 71). En efecto, él se aplicaba á la *habitatio*, como veremos pronto, y al legado de alimentos, pero no á un *annuum legatum*: sin embargo, no puede asegurarse si esta crítica toca á los antiguos jurisconsultos mismos y quizá, apartando este fragmento del texto original, han falseado su sentido los compiladores.

(*c*) Ley 1, § 3; ley 2, § 1; ley 3, pr., § 1, quib. mod. usufr. (VIII, 4) Ley 8, de ann. leg. (XXXIII, 1); Fragm. Vat., § 63, 64.

único que hallamos formalmente expresado y con la indicacion precisa del motivo que hace esta institucion más de hecho que de derecho *(a)*: hé aquí cómo se la entendia. El que queria conferir á una persona el beneficio de la habitacion, podia hacerlo de varios modos: le es permitido dar el dinero necesario para comprar ó arrendar una casa, cederle la propiedad ó el usufructo, y en todos estos casos, aun en el del usufructo, el legatario conserva una libertad completa porque él puede arrendar la casa de la cual es usufructuario y disipar el precio de la locacion. La persona misma que no tiene sino un derecho de uso puede dar en arrendamiento la parte del edificio que no ocupa, pero si el testador limita su legado al beneficio propiamentete dicho de la habitacion, entonces este acto de liberalidad tiene una identidad casi absoluta con el pago de los alimentos de que se habló antes; es una donacion parcial de alimentos, sometiendo al donatario á una tutela rigurosa que le quita toda facultad de disponer, ó, en otros términos, es una *naturalis præstatio* que la *capitis deminutio* podia muy bien no alcanzar *(b)*. Esta explicacion en nada contradice las extensiones beneficiosas de que el legado es susceptible, y por esto los jurisconsultos asimilaron la *habitatio* al *usus*, y Justiniano la equiparó al *usufructus* (c). Al lado de esta última modificacion se conservó el principio del antiguo derecho sobre la exclusion de la *capitis deminutio*; pero es una inconsecuencia del legislador, porque si primitivamente se hubo considerado la *habitatio* como un *usus* ó *usufructus ædium*, no habia motivo para distinguir la *ha-*

(*a*) Ley 10, de cap. min. (véase antes la nota *i*): Ley 10, pr. de usu (VIII, 8).

(*b*) Thibaut Abhandlungen, n. 2, pretende que en el lenguaje usual *habitatio* significa una casa dada como limosna á un indigente, y que desde que así se le consideró, la *habitatio* está asimilada á los alimentos, excluyéndose por pura caridad el efecto de la *capitis deminutio*. Es verdad que en la mayor parte de los casos puede tener la *habitatio* el sentido que Thibaut le atribuye, pero esto no era nunca más que una circunstancia accidental, y la idea de derecho tiene otro fundamento distinto.

(*c*) Ley 10, pr. de usu (VII, 8). Ley 13, C. de usufructu (III, 33). § 5 J. de usu (II, 5).

bitatio de todo otro *usus* ó *usufructus* y para atribuirle un carácter menos jurídico.

Encontramos el mismo órden de ideas en materia de *opœre*, es decir, el derecho de utilizar los trabajos de un determinado esclavo. Tal derecho podia derivarse de la propiedad ó del usufructo, y era entonces una relacion rigurosamente jurídica, y de igual modo que la *habitatio* podia constituir tambien una *naturalis prœstatio*.

Más difícil es en verdad establecer una diferencia entre las *opœre* y el *usus* de un esclavo, y aparte la dificultad que existe, esta necesidad no es tan imperiosa como la de la habitacion, por lo cual las *opœre* no forman, rigurosamente hablando, parte integrante de los alimentos. Pero entre los romanos el servicio de un esclavo era un hábito tan imperioso, que seguramente debieron ponerse sobre un nivel igual la *habitatio* y las *opœre* (*a*) Más tarde este derecho, asimilado al *usufructus*, se hubo de convertir en otro trasmisible por sucesion: pero son estos hechos históricos cuya razon ignoramos (*b*): nunca se hace mencion de la *habitatio* y de las *opœre* sino á propósito de los legados, faltándonos de otra parte razones para asegurar que tales derechos pudiesen constituirse de otro modo (*c*).

C. El derecho de la mujer sobre su dote.

(*a*) Ley 2 de op. serv. (VII. 7).

(*b*) Ley 2 de usu leg. (XXXIII. 2). De los cuatro derechos que acabo de citar, éste parece el único que se trasmite á los herederos, si bien bajo su nueva forma y no segun el principio que constituye la anomalía. En tal caso, otros no admiten sino la facultad del *usus*, ley 5, de op. serv. (VII. 7).—Hé aquí sin duda á qué necesidad práctica responde esta idea: por ella un deportado podia recibir ó conservar los servicios de un esclavo, en tanto que era incapaz para adquirir ó conservar la propiedad, el *usufructus* ó el *usus*.

(*c*) La forma rigurosa y puramente jurídica de la *injure cessio* como medio de adquirir este derecho, no estuvo en armonía con la naturaleza de la institucion. Si el propietario se reservaba al enajenar su casa el derecho de habitarla, constituíase entonces el derecho de *usus* ordinario y no el especial de la *habitatio*; ley 32 de usufr. (VIII, 1). No se dice si este derecho daba lugar á una accion; pero á lo sumo podria ser á una accion *in factum concepta*, por ejemplo, si paret habitationem legatum. Gaio esse, etc.

La naturaleza esencial de esta institucion importante procede en gran parte de su carácter de derecho anormal, y los autores modernos que han olvidado su estudio bajo este punto de vista, han dado á su vez motivo por su olvido á que nazcan ó siquiera se confirmasen los errores sobre la misma. Ahora bien, su naturaleza anormal se manifiesta de igual manera mientras el matrimonio está constituido que despues de su disolucion.

Durante el matrimonio, la dote es parte integrante de los bienes del marido, y de ninguna manera pertenece á los de la mujer; el marido tiene la propiedad de las cosas dotales *ex jure quiritium et in bonis* (*a*); si el donante no era propietario, prescribe *pro dote*; puede reivindicar aún contra la mujer si los retiene (*b*); puede venderlos, como á la mujer (*c*), y si el derecho positivo, la ley Julia, le prohibe enajenar los inmuebles dotales, la posibilidad y la necesidad de esta prohibicion es la mejor prueba de sus derechos de propietario. De otra parte, se dice que la dote pertenece á la mujer, que está en su *patrimonium* (*d*), contradiccion aparente que no se explica sino por el carácter anómalo que forma la base de esta institucion.

El marido es propietario de la dote; pero soporta las cargas del matrimonio, entre las cuales figura en primer término el mantenimiento de la mujer. Esta tiene, pues, el goce de su dote, aunque sin accion actual y sin otra garantía que el conjunto de las relaciones establecidas por la vida conyugal. El goce de la dote es una especie de *naturalis præstatio*, de la cual se puede con razon decir «in facto potius quam in jure consistit.» Justiniano expresó esta idea en los términos siguientes: «cum eædem res et ab initio uxoris fuerint, et *naturaliter in ejus permanserint dominio*. Non enim, quod *legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti*,

---

(*a*) Ley 75, de j. dot. (XXIII, 3): «Quamvis *in bonis mariti dos sit*, mulieris tamen est... *quamvis apud maritum dominium sit*, etc.,» Gayo III, § 63.

(*b*) Ley 21, de act. rer. amot. (XXV, 2).

(*c*) Ley 58 sol. matr. (XXIV, 3).

(*d*) Ley 75, de j. dot. (véase nota *a*); Ley 3, § 5, de minor. (IV, 4.)

videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est (*a*).» Este texto no hace mencion alguna, por el contrario de lo que piensan muchos, de la distincion entre el *ex jure quiritium et in bonis,* ó bien de una nueva division de la propiedad: es la reproduccion del principio in facto potius quam in jure consistit. La mujer goza, en efecto, de su dote, y es muy natural que el poder paterno ó la *capitis deminutio* no ejerzan influencia alguna sobre este aprovechamiento de hecho (*b*), principio que nos explica igualmente los destinos especiales de los bienes dotales. Si el marido está sometido al poder paterno, el padre es propietario de la dote, pero sin que ésta surta los efectos del resto de los bienes. Así, ya que el hijo esté emancipado, dado en adopcion ó desheredado, ó que despues de la muerte del padre participe de sus bienes, la dote permanece distinta del patrimonio paterno y sigue constantemente al marido, inseparable de las cargas del matrimonio (*c*).

Despues de la disolucion de éste, síguese un nuevo órden de cosas, una série de obligaciones que forman la materia de la antigua *actio rei uxoriæ,* encontrándose aquí el carácter primitivo de la dote, ó mejor dicho, manifestándose con toda claridad. Como esta obligacion tiene su fin y su base en una *naturalis præstatio*, aun despues de la disolucion del matrimonio, en vista de una segunda union, la accion se sustrae en gran parte á las reglas restrictivas de la capacidad y á los efectos de la *capitis deminutio* (*d*).

(*a*) Ley 30, C. de j. dot. (V, 12).

(*b*) Asi, la mujer casada *sua heres* de su padre debe relacionar su dote; Ley 1, pr., § 8, de dotis coll. (XXXVII, 7).

(*c*) Ley 1, § 9, de dote præleg. (XXXIII, 4); Ley 46, Ley 20, § 2; Ley 51, pr. fam. hercis (X, 2); Ley 45, de adop. (I, 7), referida á tomada de la ley 56, § 1, 2, de j. dot. (XXIII, 3).

(*d*) Ley 8, de cap. min. (IV, 5): «Eas obligationes quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, palam es capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpore non potest. *Itaque* de dote actio, *quia in bonum et æqum concepta est,* nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.» Aquí no se formula cuestion sino de la *capitis deminutio* directamente, y segun el mismo motivo, la incapacidad del derecho primitivo no tiene frecuente influencia.

Hé aquí algunas aplicaciones diferentes del principio: si el marido sufre una *capitis deminutio*, segun las reglas generales del derecho sus deudas se extinguen (§ 70, *k*.); pero las relativas á la dote continúan figurando á nombre del marido (nota *x*), sin que haya nunca necesidad de recurrir á la restitucion, como tratándose de otros créditos. La mujer, bajo el poder paterno, no solo puede detener mediante una manifestacion de voluntad el ejercicio de la *actio uxoriæ*, aunque siempre perteneciente al padre (*a*), sino que además está autorizada para ejercer algunas veces esta accion en nombre de éste cuando se encuentra afectado de enajenacion mental ó impedido por cualquiera otra causa (*b*); y en su nombre personal, y aun contra la voluntad del padre cuando lleva una vida deshonrosa (*c*). Si la mujer se emancipa, su accion, lejos de destruirse por la *capitis deminutio*, antes al contrario, le es devuelta exclusivamente y sin restricciones (*d*). Hay más; la *media capitis deminutio*, resultado de la deportacion, no le impide continuar en el ejercicio de este derecho (*e*). La fórmula de la *actio rei uxoriæ*, es *in bonum et æquum concepta* (§ 71, c), y los romanos mismos consideran el empleo de esta fórmula como íntimamente ligada al derecho anormal y su naturaleza (nota *y*). El *bonum* et *æquum* ó el *æquius melius* tienen en la práctica una importante significacion; concede al juez más amplitud que para las otras *bonæ fidei actiones*; así, principalmente el juez puede impedir que cualquiera de las partes se enriquezca

---

(*a*) Ley 22, § 1; ley 3, sol. matr. (XXIV, 3); Ulpiano VI, § 6; Fragm. Vat., § 269.

(*b*) Ley 22, § 4, 10, 11, sol. mat. (XXVIV, 3); Ley 8, pr. de proc. (III, 3).

(*c*) Ley 8, pr. de proc. (III, 3).

(*d*) Ley 44, pr,, ley 22, § 5, sol. matr. (XXIV, 3); Ley 1, § 11, C. de rei ux. act. (V, 12).—Ley 9, de cap. núm. (IV, 5). «Ut *quandoque* emancipata agat.» es decir, que la emancipacion sea anterior ó posterior á la disolucion del matrimonio, siendo importantísimo el último caso, porque entonces ya la accion descansaba en cabeza del padre. La discusion de la ley 9 es una consecuencia evidente de la ley 8, pero no es la sola, y nos engañaríamos mucho si limitásemos la aplicacion del principio contenido en la ley 8 al caso de la ley 9.

(*e*) Ley 5, de bonis damn. (XLVIII, 20).

á espensas de la otra, lo que no podia hacerse si se trataba de obligaciones (*a*). Siendo de notar que Justiniano ha conservado en su integridad casi todas las anomalías especiales á esta institucion, y el solo cambio que introdujo fué el de hacer trasmisible por sucesion la accion que otras veces era exclusivamente personal de la mujer; hé aquí cómo se llevaba á efecto la innovacion: á la antigua *actio rei uxoriæ* se sustituyó una *actio in stipulatu*, que dada su naturaleza es trasmisible por sucesion.

D. Acciones de alimentos entre parientes próximos. El derecho de intentar estas acciones es recíproco entre ascendientes y descendientes; las reglas generales sobre las restricciones de la capacidad y la *capitis deminutio* no tienen aquí influencia, porque el hijo posee la accion contra su padre durante la patria potestad y despues de la emancipacion, de modo que subsiste, á pesar de la *capitis deminutio* (*b*). Recíprocamente el padre tiene sin contradiccion el mismo recurso contra el *filiusfamilias* si éste posee un *peculium* castrense, ó lo que se llama *peculium adventitium extraordinarium*.—Los textos no dicen expresamente que esta accion sea *in æquum et bonum concepta*, pero lo es en realidad, porque el juez llamado á apreciar las exigencias del demandante y demandado, tiene evidentemente más latitud que en la mayor parte de las acciones (*c*). De otra parte, debo hacer

---

(*a*) Ley 9, § 1, de minor. (IV, 4). Esta última ley no debe ser limitada á las mujeres menores, como lo demuestran las afinidades de los textos que preceden, y cuyas expresiones son absolutamente idénticas. L. un. C. si adv. dotem (II, 34).—Si el juez tiene aquí más latitud que en la mayoría de las acciones, no es sin embargo ilimitada ni comparable á la que tiene en ciertas acciones del mismo género. Tratando, v. gr., de la *actio injuriarum*, la fijacion de lo que debe indemnizarse se abandona á la prudencia del juez: en la *actio rei uxoriæ*, se determina por la dote.

(*b*) Ley 5, § 1, de agnoscendis (XXV, 3).

(*c*) Ley 5, § 2, 7, 10 de agnosc. (XXV, 3), Es decir, salvo un lijero cambio de redaccion, ex æquitate hæc res descendit. Aquí la latitud concedida al juez parécese mucho más á la de la *funeraria actio*, y esta última accion no era in bonum et æquum concepta. Cf., § 71, nota *i*.—Sin embargo, la demanda de alimentos no era seguramente un *ordinarium judicium*, sino una *cognitio extraordinaria* confiada á un magistrado. Zeitschrift ür Gesch. Rechtsw., t. VI, p. 238.

notar que la palabra *alimento* está tomada en este lugar en un sentido más ámplio que cuando se trata de un legado de alimentos (nota *b*), y comprende principalmente la satisfaccion de necesidades intelectuales (*a*). Además, la anomalía es mucho menor en un caso que en otro: así, la accion de alimentos no excluye más que el poder patrio y la *minima capitis deminutio*, en tanto que un legado de alimentos excluye tambien la esclavitud y la *maxima capitis deminutio*.

E. Accion de las hijas contra el padre por razon de su dote (*b*). El poder paterno no es obstáculo al ejercicio de este derecho, sino que antes bien, es una condicion del mismo. Por lo demás, esta materia tiene un gran fondo de analogía con la precedente, pues la dote no es en realidad sino una forma particular, bajo la cual el padre presta alimentos á su hija. La accion dotal no era una accion ordinaria, y se intentaba, *extra ordinem*, ante el magistrado, sucediendo que este punto de derecho, que para la accion de alimentos era una suposicion, aquí es completamente cierto.

§ LXXIII.—*De las materias de derecho anormal en sus relaciones con la capacidad de derecho y la* capitis deminutio *Continuacion.*

II. Acciones que tienen por objeto la *vindicta* (*). Las acciones que se derivan de una violacion del derecho (quæ pœne causa dantur) son susceptibles de muchos grados. Las unas tienen únicamente por objeto el restablecimiento de la violacion, por ejemplo, la *actio doli*, que se limita á indemnizar á la parte que ha sido víctima del fraude. Otras conceden á la parte lesionada un beneficio, *pœna*, ya solo como en la *actio furti*, ya unido á la reparacion del daño como en la *vi*

(*a*) Ley 5, § 12, de agnosc. (XXV, 3).
(*b*) Ley 19, de ritu nupt. (XXIII, 2).
(*) Con motivo de estas acciones, se lee en los orígenes del derecho: «ad ultionem pertinet in sola vindictam contitutum est, vindictam continet. Ley 6, 10 de sepulchro viol. (XLVII, 12). Ley 20, § 5, de adqu. vel am. her. (XXIX, 2.) Los autores modernos dicen: Actiones quæ vindictam spirant. Cm. Burchardi, Grundzüge der Rechtssystem der Römer, p. 231, que niega sin razon la similitud de estas acciones.

bonorum raptorum actio. Por último, hay algunas que se refieren al derecho de bienes, pero con la diferencia respecto á las dos primeras especies, de que no es como fin, sino como medio; su fin es la *vindicta*. Además, esta frase no debe tomarse en el sentido ordinario de la palabra venganza, la satisfaccion de nuestros sentimientos por el mal de otro, sino la reparacion del derecho perturbado en nuestra persona, concurriendo aquí el ciudadano á la accion que el Estado ejerce por medio del derecho penal (*a*). Las reglas generales tocantes á la capacidad y á la *capitis deminutio*, sufren en esta materia excepciones numerosas, porque dichas acciones tocan más bien al hombre natural que al jurídico (el sujeto de bienes); responden directamente á una necesidad moral, así como las de la primera clase respondian á necesidades de la vida física. Las que ahora tienen por objeto la vindicta, son las siguientes:

A. *Actio injuriarum*. Si un *filusfamilias* es insultado, este solo hecho constituye dos ofensas; la una inferida al hijo, la otra al padre como protector de su hijo, y cada una de ellas da lugar á una accion reparadora que, de ordinario, se resuelve mediante el pago de una suma de dinero. Pero la del hijo es la única de que me ocupo aquí: regularmente ésta pertenece al padre, como toda otra accion adquirida por la mediacion del hijo, y la voluntad de éste no podria impedir su ejercicio. El hijo, á su vez, puede excepcionalmente intentar la accion con autorizacion del pretor, si el padre, ausente ó impedido, no ha nombrado procurador, y aun contra su voluntad, si el envilecimiento del padre ha borrado en él toda idea de (*b*) honor. En caso de emancipacion, la accion pertenece exclusivamente al hijo, y desde entonces no es destruida por la *capitis deminutio* (*c*); pero el dinero que el *filiusfamilias* recibe por este título, viene á parar, sin que en esto haya duda

---

(*a*) Ley I, § 5, ley 41, de injur. (XLVII, 10); ley 30, pr. de pactis (II, 14): ley 39, § 3, 4 de proc. (III, 3).

(*b*) Ley 17, § 10, 14, § 17, 20; Ley 11, § 8, de injur. (XLVII, 10); ley 9 de O. et A. (VLIV, 7); Ley 8, pr. de proc. (III, 3); ley 30, pr. de pactis (II, 14).

(*c*) Ley 17, § 22 de injur. (XLVII, 10).

alguna, al padre, de suerte que la accion del hijo presenta un carácter mixto. En efecto, él obra *suo nomine* á causa de la *vindicta*, y como representando á su padre, en razon de la indemnizacion que debe reclamarse. Este carácter mixto de la accion justifica las grandes restricciones impuestas á su ejercicio; mas si la injuria es tan grave que cae bajo la prevision de la ley Cornelia, toda restriccion desaparece y el hijo tiene una libertad de accion ilimitada (*a*).

La *actio injuriarum* ordinaria para procurar una indemnizacion pecuniaria, de la que me ocupo en este momento, es *in bonum et æquum* concepta (*b*), porque la fijacion de la cantidad que ha de concederse depende de un sentimiento subjetivo y esencialmente arbitrario: no pasa tampoco á los herederos, ni forma parte de los bienes, sin embargo, hasta el momento en que es realmente planteada (*c*).

B. *Actio sepulchri violati.* Los que tienen derecho para exigir una reparacion de aquellos que han violado una tumba, son á quienes personalmente puede interesar la violacion: los hijos del difunto, aun cuando hayan renunciado la sucesion y los herederos. Su accion es una pura *vindicta* que procura el pago de una cantidad cuya fijacion es arbitraria; por consecuencia, *in bonum et æquum concepta* (*d*), y desde este momento se sustraia á los efectos de la *capitis deminutio* (*e*).

(*a*) Ley 5, §6, de injur. (XLVII, 10.—Por lo demás esta accion, «etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.» Ley 42, § I, de proc. (III, 3).

(*b*) La ley 11, § 1, de injur. (XLVII, 10), dice simplemente: «*ex bono et æquo est.*» Consideradas en sí mismas estas palabras, son equívocas (§ 71); pero las alusiones de la ley 18 pr. eod. y de la ley 34 pr. de O. et A. (XIV, 7) muestran claramente que formaban parte de la fórmula del edicto, lo cual se encuentra confirmado además por la apreciacion ilimitada de los perjuicios que entrañaba.

(*c*) Ley 13, pr. ley 28, de injur. (XLVII, 10). Tampoco el abandono de esta accion llevaba consigo enagenacion ó disminucion alguna de bienes, de igual modo que el abandono de la querela inofficiosi. Ley 1, § 8, si quid in fraud. pratr. (XXXVIII, 5), unida al § 7, cod.

(*d*) Ley 3. pr. ley 6, 10, de sep. viol. (XLVII, 12); ley 20, § de adquir, hered (XXIX, 2).

(*e*) Segun la regla general contenida en la ley 8, de cap. min. (IV, 5). que asigna este carácter á toda accion in æquum et bonum concepta: hé

Si los interesados olvidan ó abandonan el ejercicio de la accion, todo ciudadano puede intentar el juicio; pero pierde entonces sus caractéres especiales y la cantidad se fija en este caso en cien *aurei*.

C. *Actio de effusis*. Si la caida de un objeto arrojado desde una casa infiere un daño á un hombre libre, éste tiene derecho para reclamar una indemnizacion pecuniaria intermedia. Esta accion que se propone la *vindicta* no se trasmite á los herederos, y su fórmula es *in æquum et bonum concepta*; tampoco se encuentra sometida á los efectos de la *capitis deminutio* (*a*).

D. La accion por heridas causadas por animales dañinos no tiene lugar, excepto en el caso de que existiese negligencia de parte del dueño. Dicha accion es *in æquum et bonum concepta*, y tiene idénticos caractéres que la anterior (*b*).

E. *Interdictum quod vi aut clam*. Esta accion es del número de aquellas que el *filiusfamilias* ejerce en su propio nombre (*c*). En efecto, teniendo por objeto la *vindicta*, procura la reparacion del daño causado violentamente á la dignidad personal (*vi factum*), y el hijo, aun cuando colocado bajo la potestad patria, puede ser víctima de un ataque semejante (*d*): no se trata de un derecho á una cosa en el que como

---

aqui su contenido: el difunto deja un *suus* que se abstiene de la sucesion, pues se hace arrogar: en este caso él conserva su accion, y si él no se hubiera abstenido, el padre adoptivo se habria convertido en heredero por la mediacion del adoptado y la accion le pertenecerá (ad quem ea res ser pertinet).

(*a*) Ley 5, § 5, de his que effud. (IX, 3). Las expresiones generales de este texto: ex bono et æquo *oritur*, no probarian nada (§ 71) si en el texto del edicto que conservamos no se leyese: quantum ob eam rem *æquum judici videbitur*. Ley 1, pr. cod.

(*b*) Ley 42 de ædil, ed. (XXI, 4), «quanti bonum æquum judici videbitur.» Cm. § 1. J. si quadr. (IV, 5).

(*c*) Ley 9. de O. et A. (XLIV, 7); ley 19, ley 13, § 1, quod vi (XLIII, 24).

(*d*) Ley 13, § 1, 2, quod vi (XLIII, 24). Este texto hace notar expresamente que el hijo puede sufrir violencia, *vi*, pero no astucia, *clam*, no teniendo accion que pueda eludir el engaño, ó lo que es lo mismo, el interdicto contra el *vi factum* pertenece al padre y al hijo, y el contra el *clam* solo al padre. La *capitis deminutio* no traia consigo para el hijo la pérdida de su accion.

demandante el hijo es incapaz, ni de una ausencia material de derecho en la persona del demandado (*a*). El *filiusfamilias* puede tambien aprovecharse, indirectamente, del interdicto que ordena el restablecimiento de las relaciones cambiadas con violencia (*b*); cuando, por ejemplo, el hijo habita una casa perteneciente á su padre ó arrendada á un extraño y un vecino limita su aprovechamiento por construcciones. Mas si se empeñase un proceso que hubiese de resolverse en una indennizacion pecuniaria correspondiente al daño (*c*), entonces esta indennizacion, como resultante de la *actio injuriarum*, vendria á parar al padre de familia: teniendo la accion un objeto determinado, el restablecimiento del estado de cosas anterior ó una indemnizacion, no es, pues, *in æquum et bonum concepta* (*d*).

F. Accion contra un liberto por consecuencia de una *in jus vocatio*. El liberto no podia, sin una autorizacion especial del pretor, citar en justicia al patrono ni á sus hijos, y la desobediencia de esta prohibicion daba lugar á una pena de 50 *aurei*: el hijo citado en ausencia de su padre podia, como

---

(*a*) Ley 13, § 5, Ley 12, quod vi (XLIII, 24). Solo con error manifiesto es como muchos autores (v. gr., Burchardi Archo für civ. Praxis, t. II, p. 33) conceden al hijo los interdictos posesorios: el *interditum quod vi* no tenia de ningun modo este carácter. En efecto, los interdictos posesorios tienen por condicion la *possessio* jurídica, relacion de hecho por su orígen, pero asimilada á un derecho por sus consecuencias. (Savigni Bezitz, § 5, 6); además, el hijo de familia no tiene capacidad para esta relacion. Si éste es espulsado de un *fundus peculiaris*, la espulsion da al padre el interdicto, y el hijo no tiene más derecho á ser reintegrado que lo tendria á la reivindicacion del padre; hé aquí el motivo de esta diferencia: el *interdictum quod vi* tiene por objeto la *vindicta*; el *interdictum de vi*, al mismo tiempo que la reivindicacion, tiene por fin la prosecucion de un interés privado ordinario.

(*b*) Ley 1, § 1, quod vi (XLIII, 24).

(*c*) Ley 15, § 12, quod vi (XLIII, 14).

(*d*) Pero es cierto que el interdicto, lo mismo que la *actio injuriarum*, no pasa á los herederos. La ley 13, § 5, quod vi (XLIII, 24), que parece contradecir este principio, se aplica al caso especial en que el acto punible es posterior á la muerte del difunto, pero anterior á la adicion de la herencia; entonces la *actio injuriarum* es devuelta á los herederos. Ley 1, § 6, de injur. (XLVII, 10).

en el caso de injuria, obrar personalmente contra el liberto (*a*).

C. *Querela inofficiosi.* La accion á que se refieren las palabras anteriores, aun cuando relativa al derecho de bienes, entra tambien en el dominio del derecho anormal, bien que sea éste un punto que exige ser tratado á parte y con más pormenores.

Si en un testamento no se hace mencion de los herederos naturales del difunto, ó es una mencion insuficiente, es de creer que los herederos han merecido ser tratados así por su conducta culpable ó por falta de cariño; y si esta presuncion estaba mal fundada, inferia una grave mancha á su honor (*b*), teniendo para rechazarla los caminos legales siguientes: Pueden impugnar el testamento como *inofficiosum* si probaban su alegato; se supone que el testamento ha sido dictado por una pasion ciega cercana á la demencia (*c*), se anula; la sucesion se abre abíntestato, y la inocencia de los herederos de sangre es reconocida pública y solemnemente. Vista de este modo, la *querela inofficiosi* forma parte del derecho anormal en el mismo título que la *actio injuriarum*. Si, en efecto, un *filiusfamilias* es omitido en el testamento de su madre ó de su abuelo materno, es un hecho enteramente personal, más aún que la *actio injuriarum*, bien que la queja pueda tener por resultado transferir la sucesion al padre: además, este último no está autorizado para intentar dicha accion contra la voluntad del hijo ni continuarla despues de su muerte (*d*). El hijo, por el contrario, puede formular su

---

(*a*) Ley 12, de in jus voc. (II, 4). La accion tenia por objeto la *vindicta* y no se trasmitia á los herederos (ley 24 cod.); pero á causa de la determinacion de su objeto, no podia ser *in bonum et æquum concepta*. Gayo 4, § 46, dice positivamente que en este caso habia lugar á una *fórmula in factum concepta*, cuya expresion admitia el hijo de familia como demandante.

(*b*) Esto se llama *injuria*; Ley 4 y ley 8, pr. de inoff. test. (V, 2).—Tambien *indignatio*, ley 22 pr. eod.—«Totum *de meritis filii* agitur.» Ley 22, § 1, eod.

(*c*) Ley 3, 4, 5 de inoff. test. (V, 2).

(*d*) Ley 8 pr. de inoff. test. (V, 2).—Aquí el derecho del hijo, injustamente excluido de impedir la accion del padre, es parecido al de la hija en el caso de la *actio rei uxoriæ*, con relacion á las reclamaciones que el padre ejercita contra el marido ó contra sus herederos (§ 72, 4).

queja aun cuando el padre, nombrado en el testamento, no quisiera impugnarle, es decir, contra la voluntad suya (*a*), estando, pues, fuera de toda duda que la *capitis deminutio* del hijo no anula esta accion fundada en consideraciones puramente morales.

La *quereia inofficiosi* no se trasmite á los herederos (*b*), lo cual es una consecuencia de su naturaleza; mas la fórmula de esta accion no podia ser *in æquum et bonum concepta*, puesto que tenia un objeto perfectamente determinado. Sin embargo, el juez goza aquí de una gran independencia, no en cuanto á la cantidad de la condenacion, como en las demás acciones de su género, sino en cuanto á la apreciacion de los motivos de la querella, porque se trataba entonces de juzgar moralmente la conducta del actor y no podian existir para este caso reglas tan precisas como para los otros.

Numerosas controversias habian existido desde muy antiguo sobre la naturaleza de la *querela inofficiosi,* sin que en la actualidad hayan desaparecido. Considerábanla unos como verdadera *actio in rem*, y como siendo un caso particular de la *hereditatis petitio*, mientras que otros no ven en ella una accion, y si antes bien el preliminar no más: recientemente no faltan autores que la hayan calificado de *actio in personam* (*c*). No es este el lugar de profundizar la cuestion, y sin embargo, podríamos desde luego decir que se encontrarian medios de conciliar todos los sistemas admitiendo la distincion que establecemos entre el objeto directo de la queja y su fin más lejano, pero no menos esencial, que le presta su ca-

---

(*a*) Ley 22, pr. § 1, de inoff. test. (V, 2); pero el padre no puede ser obligado á aceptar la herencia, y entonces, una vez abierta definitivamente la sucesion abintestato, se adquiere á virtud de devolucion por otras personas que no son el querellante, lo cual acontece tambien por circunstancias distintas á ésta. Ley 6, § 1, eod.; sin embargo, el hijo ha conseguido su objeto, pues su honor obtiene una satisfaccion pública y cumplida.

(*b*) Ley 6, § 2, ley 7, ley 15, § 1, de inoff. test. (V, 2). En general ella no es *in bonis*, y de igual manera que para la accion de injuria, el que renuncia no disminuye sus bienes. (Véase antes nota *f*).

(*c*) Cf. Klenze, Querelæ inoff. test. natura. Berol., 1820. Mühlenbruch. Forts. von Glück, t. 35, § 1421, *e*.

rácter distintivo: la distincion anterior resuelve la oposicion más violenta entre los sistemas enunciados, y á este efecto voy á resumir brevemente en su conjunto la materia. El pariente excluido aspira á convertirse en heredero abintestato por la casacion del testamento, y lleva á cabo una peticion de la herencia que, sin oposicion, pertenece exclusivamente al derecho de bienes; pero el objeto verdadero de su queja ó demanda es la reparacion pública y solemne de su honor, comprometido por el testamento: aquí el querellante ataca al testador por haberle inferido una mancha en su reputacion, y el fin de sus propósitos es la *vindicta*. El que intentaba una *actio injuriarum*, perseguia tambien la reparacion de su honor, y bajo este concepto, ambas acciones tienen un fin comun: el medio de conseguirlo es, en la una la demanda de una suma de dinero; en la otra una peticion de herencia abintestato que debe motivar una decision judicial. Así, pues, lo que constituye el carácter propio y esencial de estas dos acciones es la diferencia que existe entre el objeto final y el medio jurídico empleado inmediatamente para conseguirlo.

H. Todas las *populares actiones*. Por ellas el demandante reclama una suma de dinero, pero en nombre de un interés público (*a*), de mod › que obra entonces como un hombre público, no como sujeto del derecho privado (§ 71). Si el hecho que da lugar á la accion popular afecta á un tiempo á varios indivíduos, y estos quieren ejercitarla, tienen el derecho de preferencia (*b*), y la accion popular se reviste entonces de un carácter mixto, perdiendo su condicion especial (*c*). Muchas de las acciones enumeradas en el párrafo presente admiten esta modificacion, por ejemplo, la *actio sepulchri violati* (B). Pero si no existen partes de este modo interesadas, ó existiendo no se presentan, cualquier ciudadano puede intentar la accion en nombre del órden público, obrando como representante del

---

(*a*) Ley 1 de pop. act. (XLVII, 23). «Eam popularem actionem dicimus, quæ suum jus populi tuetur.»

(*b*) Ley 3, § 1 de pop. act. (XLVII, 23); Ley 42, pr. de proc. (III, 3); ley 45, § 1. eod.

(*c*) Véase la nota *cc*.

Estado, mas sin estar obligado á prestar caucion, al contrario de lo que se exigia á un procurador ordinario (*a*).

El hijo de familia posee capacidad para ejercitar una accion de este género (*b*), y el que sufre la *capitis deminutio minima* no pierde dicha facultad, porque no deja de ser *unus ex populo*. El derecho de intentar una accion pública no forma parte de los bienes sino despues de la *litis contestatio*, y pasa á considerarse como una obligacion verdadera entonces (*c*), obteniendo la propiedad de la suma así adquirida por el *filiusfamilias*, el padre. Las acciones populares puras no son *in æquum et bonum concepta*, sino que por el contrario tienen por objeto una suma invariablemente fija, lo que por lo demás responde al carácter general de un derecho fácil de adquirir por todos.

Los *interdicta publica* ó *popularia* (*d*), la *operis novi nunciatio*, introducida *publici juris tuendi gratia* (*e*), tienen la misma naturaleza que las *populares actiones*, salvo que su objeto no es la aplicacion de una pena pecuniaria, derechos todos cuyo carácter comun es la amplitud concedida para su ejercicio, por excepcion á las reglas generales sobre la capacidad jurídica.

(*a*) Véase antes la nota *z*.—Ley 43, § 2, de proc. (III, 2). «In popularibus actionibus, ubi quis *quasi unus ex populo agit*, defensionem ut procurator præstare cogendus non est.» Su asimilacion á un procurador le impide nombrarse á sí mismo como tal representante. (Ley 5, de pop. act.; ley 42, de pr. de proc.) Del mismo modo estaba prohibida esta queja á todos los que en general no podian aceptar representacion. (Ley 4, 6, de pop. act.) Pero cesa todo y se produce un cambio si el querellante tiene tambien un interés privado, esto es, si la queja no es puramente popular. Leyes cit. y ley 45, § 1, de proc. (III, 3).

(*b*) De igual modo el hijo de familia no puede figurar como demandante en un proceso criminal. Las leyes 6, § 2 y 37 ad L. Jul. de adult. no limitan este derecho al caso de adulterio.

(*c*) L. 7, § 1 de pop. act. (XLVII, 23). L. 12, pr. de vert. sig. (L. 16). L. 32, pr. ad. L Falc. (XXXV, 2). L. 56, § 3, de fidejuss. (XLVI, 1).

(*d*) L. 1, pr.; L. 2, § 1, de interd. (XLIII, 1). L. 2, § 34, ne quid in loco (XLIII, 8). L. 1, § 9, ne quid in flum. (XLIII, 13).

(*e*) L. 1, § 16, 17; L. 5, pr. de op. novi nunc. (XXXIX, 1).

§ LXXIV.—*De las materias del derecho anormal en sus relaciones con la capacidad de derecho y la* capitis deminutio. *Continuacion.*

Las relaciones que constituyen la tercera clase de anomalías son por sí mismas, relaciones de hecho; pero su íntima union con ciertos derechos les da un carácter jurídico.

A. Sociedad. La sociedad es la reunion permanente de varias personas en vista de un fin comun, y en la cual se tienen ante todo en cuenta las cualidades naturales del hombre, su inteligencia y rectitud: la sociedad, pues, difiere esencialmente de las obligaciones sociales, dando lugar á la *actio pro socio*. Así, cuando un *filiusfamilias* forma parte de una sociedad, el contrato continúa subsistente despues de su emancipacion, del mismo modo que no lo rompe la arrogacion, ni le transfiere al padre adoptivo (*a*). Por esto la *capitis deminutio minima* no ejerce influencia alguna sobre la sociedad, no obstando esto para que la *maxima* y *media*, como llevan consigo una especie de muerte civil (§ 69), disuelvan siempre la sociedad (*b*). En cuanto á la *actio pro socio*, segun las reglas comunes del derecho, el padre del hijo emancipado no puede ser perseguido en virtud de esta accion sino por actos anteriores á la emancipacion y solo tocantes al *peculio*.

El hijo puede ser perseguido por los actos anteriores y posteriores (*c*): el derecho para ejercitar las acciones resul-

---

(*a*) Ley 58, § 2; ley 65, § 11 pro socio (XVII, 2).

(*b*) Ley 63, § 10, pro socio (XVII, 2). Gayo III, § 153. Cuando, pues, la ley 4, § 1, eod. dice: «Dissociamur renuntiatione, morte, *capitis minutione*, et egestate,» debemos, no obstante la generalidad de la frase, sobreentender *maxima* ó *media*. Haloander lee: *maxima* cap. dem., introduciendo una parte de este pensamiento en el texto lo cual censura Agustino, emend. III. 6. Sin embargo, esta podria ser la verdadera vulgata, y es la lectura da la edicion Jenson s. a. y de la edicion Koberger, 1482; los manuscritos exclarecen este punto. De otra parte, prefiero la redaccion de la Florentina, porque el aumento solo de la palabra *maxima* excluiria la media capitis deminutio, contra todos los testimonios antes referidos.

(*c*) Ley 58, § 2, pro socio (XVII, 2). Respecto á las acciones contra el hijo, fundadas en causas anteriores, es preciso sobreentender la restitucion. Comp., § 70, *u*.

tantes de hechos anteriores, pertenece exclusivamente al padre, aun despues de la emancipacion, porque eran derechos adquiridos irrevocablemente; pero el hijo hace valer todas las acciones cuyo orígen es posterior á aquella.

El esclavo puede ser miembro de una sociedad, y sin embargo, no quedar obligado por sí; pero la *actio pro socio*, consecuencia de sus actos, se dirige contra su señor, como *actio de peculio* ó *quod jussu* (*a*); del mismo modo que contra un tercero que, habiendo empleado al siervo para necesidades de la sociedad, se le considera como si él mismo obrara por su mediacion.

La enajenacion del esclavo disuelve la sociedad, y los actos exteriores que parecian continuarla pertenecen en realidad á una sociedad nueva (*b*). La diferencia esencial que media entre la sociedad propiamente dicha y las obligaciones sociales, nos explica por sí sola por qué la sociedad no se trasmite por sucesion, en tanto que las segundas pasan á los herederos como una obligacion cualquiera.

B. Mandato y *negociorum gestio*. El mandato se parece por su naturaleza á la sociedad; y así como en ésta las relaciones de hecho no trasmisibles por sucesion, procediendo en su mayoría de las cualidades naturales humanas, se distinguen de las obligaciones resultado del mandato que dan lugar á la *mandati actio* y no difieren en nada de otras obligaciones. La *negotiorum gestio* tiene exactamente los mismos caractéres que el mandato.

De los principios asentados, resulta que el hijo puede recibir de su padre un mandato verdadero (*c*), bien que no puedan existir entre ambos obligaciones civiles propiamente dichas (§ 67). Si el hijo, mandatario de un extraño, llega á emanciparse, el mandato subsiste siempre á pesar de la *capitis deminutio* (*d*). Si un extraño encarga á un hijo de familia contraer por él una adstipulacion, la accion que resulta de este contrato no se adquiere por el padre, porque su per-

---

(*a*) Ley 18: id. 58, § 3; id. 63, § 2; id. 84, pro socio (XVII, 2).

(*b*) Ley 58, § 3, pro socio (XVII, 2).

(*c*) Ley 8 pr. in f.; ley 35 pr. de proc. (III, 3). Véase más arriba § 71.

(*d*) Ley 61, mandati (XVII, 1).

sona no ha sido tomada en consideracion, y en la misma del hijo esta accion duerme, porque las sumas así adquiridas debian venir á poder del padre. El hijo no puede, pues, obrar sino cuando ha salido del poder paterno, y sin que sufra una *capitis deminutio*, porque ésta anularia la accion resultante de la adstipulacion (*a*).

Tambien el esclavo puede figurar como mandatario ó *negotiorum gestor*, no alterando la manumision ninguna de ambas cualidades; pero los terceros no tienen accion contra él sino por los hechos posteriores á su manumision y de ningun modo por los anteriores, porque los actos contractuales de un esclavo no dan lugar á ninguna accion (§ 65). Este principio sufre, sin embargo, una excepcion siempre que los actos dichos se unan de tal manera, que la accion nacida por los posteriores los abrace á todos (*b*).

C. *Actio depositi*. Dice Ulpiano que el *filiusfamilias* podia frecuentemente obrar en nombre de su padre ausente, pues se presume con fundamento la representacion, siempre con la vénia del pretor, y cita como ejemplos, si bien no en términos restrictivos, las acciones resultado de un robo, daño, mandato, préstamo, y tambien la *actio depositi* (*c*). Además, Paulo enumera algunas acciones excepcionales que el hijo puede ejercitar en *su nombre personal*, esto es, en presencia como en ausencia del padre, sin tener necesidad de su consentimiento ni de la autorizacion del pretor; y entre estas acciones excepcionales figura la *actio depositi* (*d*), decision confirmada por otro texto del mismo Ulpiano (*e*). Ambas facultades, muy diferentes en sí (§ 71), se encuentran mencionadas con motivo de la *actio depositi*, y en parte por los mismos juris-

---

(*a*) Gayo III, § 114.—Véase más arriba § 67, *b*, y § 70, *i*.

(*b*) Ley 17, de negot. gestis (III, 5). Véase antes § 65 y apéndice IV, nota *n*.

(*c*) Ley 18, § 1, de judic. (V, I). Véase, § 71, *n*.

(*d*) Ley 8, de O. et A. (XLIV, 7). Véase § 71, *q*.

(*e*) Ley 19 depositi (XVI, 3) «Julianus et Marcelus putat filiumfamilias depositi recte agere posse.» Aquí la palabra *depositum* tiene un sentido particular evidentemente y bien distinto del que le atribuye el mismo Ulpiano. Ley 18 § 1, de jud. (nota *k*) cuando lo cita con otros y por via de ejemplo.

consultos, existiendo aquí una dificultad aparente capaz tan solo de ser resuelta por medio de la siguiente distincion: cuando el hijo confia un objeto á la custodia de un tercero, cuya propiedad pertenece al padre, v. gr., una cosa procedente de su *peculium*, la *actio depositi* le está concedida al padre como interesado en recobrar la cosa, ó bien su estimacion en dinero; entonces el hijo no puede obrar sino como procurador de su padre, y á este caso, sin duda el más frecuente, es al que hace referencia el texto primero de Ulpiano.—Pero el depósito puede estar constituido de tal modo que el padre no tenga interés alguno legal, si, por ejemplo, el objeto del depósito ha sido arrendado, prestado ó confiado al hijo, ó ya que éste lo hubiera robado. El hijo tenia á su vez dos motivos extraños al padre para intentar la accion, pues en muchos casos, los de arrendamiento ó comodato, v. gr., le convenia recobrar la detentacion material de la cosa ó su uso, lo que, no formando parte de los bienes, en nada se referia al padre; y en todos los casos enumerados antes el hijo está obligado á restituir la cosa ó su valor, obligacion que no alcanza al padre. Además, en principio el deponente, el ladron, etc., tienen contra la persona á quien han confiado sus bienes la *actio depositi* (*a*); el hijo debe tener entonces una accion personal, y á los casos de esta naturaleza es á los que se refieren el texto de Paulo y el segundo de Ulpiano, que de ningun modo contradice al primero.

Si la accion no se resuelve directamente por la restitucion de la cosa y sí por una indemnizacion pecuniaria, este dinero es adquirido por el padre que puede disponer de él á su antojo. De otra parte, empleando la suma en resarcir al tercero, con el cual se habia obligado á consecuencia del préstamo ó del robo, el hijo se halla libre, y el fin primitivo de la accion no se cumple menos; puede, además, asegurar este resultado cediendo su accion al acreedor, y mediante la cesion quedar igualmente libre, sucediendo aquí un hecho digno de notar, y es que habia precisamente para el *depositum* una fórmula *in factum* que permitia al hijo intentar su accion en su nombre personal (*b*).

(*a*) Ley 16; 1, § 39; 31, § 1, depositi (XVI, 3).
(*b*) Gayo, IV, § 47.

Ahora bien; ¿cuáles son los efectos en esta materia de la *capitis deminutio*, es decir, de la emancipacion ó de la *datio in adoptionem*? Es evidente que el hijo no pudo intentar la accion á nombre de su padre, porque la presuncion de que le representaba no era posible, pero sí en su nombre personal, porque el motivo y el fin de la accion subsisten siempre, esto es, la deuda respecto al tercero, al cual estaba obligado á restituir la cosa á consecuencia de la restitucion contra la *capitis deminutio*. Segun antes digo, estos principios no son aplicables cuando el deponente es un esclavo, quien no puede intentar la *actio depositi*, porque es incapaz de obrar durante la esclavitud, sin que pueda cambiar su situacion una vez manumitido, pues que, á diferencia del hijo, no se obliga respecto á un tercero (§ 65). La *actio depositi*, por consiguiente, pertenece siempre al que era propietario del esclavo en el momento en que se hacia el depósito (*a*).

Las reglas que presiden la *actio depositi*, en cuanto al demandante, se aplican tambien al demandado. Si pues un *filiusfamilias* se hace depositario y hasta despues de su emancipacion está en posesion de la cosa, el deponente tiene una accion contra él, sin necesidad de que medie la restitucion, y no como en razon de peculio respecto al padre (*b*), porque se trata aquí de la restitucion á consecuencia de la posesion natural, y ésta nada tiene de comun con las reglas de derecho tocantes al peculio. La prueba de que se miraba la cosa como una excepcion, y precisamente bajo este punto de vista, es que hay una anomalía mayor aún del derecho, aplicado al esclavo depositario. Si despues de la manumision el esclavo está en posesion del depósito, el propietario tiene contra él la *actio depositi*, por más que en principio el esclavo no puede ser objeto de accion alguna por obligaciones contraidas durante la esclavitud (*c*).

(*a*) Ley 1, § 30, depos. (XVI, 3).

(*b*) Ley 21, pr. depos. (XVI, 3).

(*c*) Ley 21, § 1, depos. (XVI, 3). Hé aquí en su totalidad el texto del cual he citado la primera parte en la nota *q*: «Si apud filiusfamilias res deposita sit, et emancipatus rem teneat, pater nec intra annuum de peculio habet conveniri, sed ipse filius. Plus Trebatius existimat, etiam si apud servum depositum sit, et manumissus rem teneat *in ipsum*

D. *Actio commodati.* El comodato tiene bajo todos conceptos idéntica naturaleza que el depósito, y bien puede afirmarse que, en general, las reglas relativas á éste son tambien aplicables á aquel. Una de las más importantes se halla formalmente expresada en las fuentes del derecho, y si todas no aparecen reproducidas, procede esto de circunstancias enteramente fortuitas. Así, la *actio commodati* se incluye formalmente entre las acciones excepcionales que el *filiusfamilias* puede ejercitar en su propio nombre (*a*), cuya decision se funda en los principios ya expuestos y sometidos á las distinciones enumeradas hablando de la *actio depositi*. Para el comodato, como para el depósito, existe una fórmula *in factum concepta* (*b*).

Respecto á la pregunta que cabria hacer de si un *filiusfamilias* puede ejercitar la *actio locati* para reclamar una cosa que ha dado en locacion, hay que advertir que si se trata únicamente de restituirla, la relacion jurídica es idéntica á la que nos ofrecen las acciones *depositi et commodati*. Si pues la *actio locati* no ha sido colocada en la misma clase, procede esto, sin duda, de que independientemente de la cosa, el demandante reclama al mismo tiempo el precio del arrendamiento, y desde este momento su accion se halla unida á la persecucion de un derecho de bienes puro y completo.

E. La posesion natural (la simple detentacion). Los hijos bajo el poder patrio son, del mismo modo que el esclavo, incapaces de la posesion jurídica, pero aptos para la detentacion, porque ésta es puramente de hecho (*c*): pasemos á la aplicacion de este principio.

---

dandam actionem, non in dominum, *licet ex ceteris causis in manumissum actio non detur*.» He hablado otras veces de excepcion. Véase § 70. *s*, y el apéndice IV, nota *m*. Si el manumitido no poseia la cosa, no se podia obrar contra él, aun cuando hubiese cometido un robo con ocasion de ella antes de su manumision.—Ley 1, § 18 depos (XVI, 3).

(*a*) Ley 9 de O. et A. (XLIV, 7.) Comp. § 71, *q*.—Todavía se aplie aquí la regla de que aun el mismo ladron puede formular la queja (leyes 15, 16 comm. XIII, 6), y con mayor razon el depositario ó el comodatario que hubiera prestado la cosa á un tercero.

(*b*) Gayo, IV. § 47.

(*c*) Savigny. Recht des Besitzes, § 9, 27.

Cuando el padre estipula un derecho en favor de su hijo, por ejemplo, un derecho de propiedad, la estipulacion es válida, porque la propiedad dada vuelve inmediatamente al padre. Pero si la estipulacion tenia por objeto un hecho tal como la detentacion de una cosa ó un derecho á frutos determinados, la bellota de un monte, v. gr., entonces constituyen hechos que no pueden entrar en los bienes del padre, y el contrato será nulo como hecho en favor de un tercero que el estipulante no representaba. Por el contrario, si el hijo estipula para su padre un derecho de propiedad, la detentacion de una cosa ó un derecho de paso son todos contratos válidos, porque en principio el hijo puede representar á su padre. Finalmente, cuando el hijo obra para sí, la detentacion de una cosa ó un derecho de paso, el contrato es válido, en el sentido de que el padre solo podrá ejercitar accion contra el deudor por daños é intereses, siempre que la detentacion ó el derecho de paso fueran denegados. Ahora bien; cuanto acabo de decir se aplica lo mismo al hijo que al esclavo (*a*).

Todavía tenemos una aplicacion del mismo principio. Cuando un *filiusfamilias* está en posesion de una herencia, la *hereditas petitio* puede dirigirse personalmente contra él como si fuera *sui juris*, porque la contestacion de esta accion descansa sobre el hecho de la posesion natural. Del mismo modo, si se hace adoptar, la *capitis deminutio* no tiene influencia, y no hay necesidad de restitucion para en adelante dirigir contra él la demanda de posesion de herencia (*b*).

F. Restitucion forzada de un fideicomiso testamentario. Cuando un padre instituido heredero con obligaccion de restituir á su hijo temiese las cargas de la sucesion, éste puede obligarle á aceptarla y á sustituir, siendo efecto de esta obligacion traspasar todas las deudas al hijo, librándose, por consiguiente de ellas el padre (*c*). De otro modo sucede cuando el testador ruega á un ciudadano manumita un es-

---

(*a*) Ley 130; 37, § 6, 7, 8 de V. O. (XLV, 1). § 2, J, de stipul. serv. (III, 17). Comp. Cuyacio in lit 15, quæst. Paulo (Ley 130 de V. O.) opp. T. V., p. 1007.

(*b*) Ley 36, § 1, de her. pet. (V, 3).

(*c*) Ley 16, § 13, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).

clavo y le restituya la sucesion, porque no pudiendo el esclavo obligarse civilmente (§ 65), el apremio ejercido contra su señor no le obligaba, y despues de la manumision podria rehusar la sucesion, cuyas deudas quedarian á cargo del dueño (*a*). Hé aquí la causa de esta accion anómala del hijo contra el padre: el apremio era una simple fórmula entonces, un simple hecho sin consecuencia alguna para el demandado; y en cuanto á las formas del procedimiento, dicha demanda se ejercia *extra ordinem* ante el magistrado fideicomisario.

IV. La cuarta clase de anomalías se refiere á la coaccion de los actos que tienen por objeto modificar las relaciones de familia. En general son esencialmente libres; pero cuando están sometidos á una amenaza ó coaccion jurídica, las reglas ordinarias sobre la capacidad dejan de ser aplicables, siendo así que la coaccion precisamente tiene por fin modificarlas. En las citadas anomalías encontramos los casos siguientes:

A. *Libertas fideicommissaria.* Si un testador da á su esclavo la *directa libertas*, no lleva á cabo ninguna excepcion á las reglas sobre la capacidad; el esclavo se hace libre inmediatamente, y entonces no hay motivo alguno para conferirle un derecho mientras que continúa la servidumbre, por ejemplo, una accion contra los herederos; pero no sucede así cuando el testador deja á su esclavo, ó al de su heredero, ó al de una tercera persona la libertad por fideicomiso. En este caso, el esclavo adquiere contra su señor una accion directa para que le manumita, y contra el heredero otra para que, distinta de la anterior, le compre y le manumita despues. Para realizar esta relacion jurídica, muy frecuente y de gran importancia entre los romanos, se recurrió, en vez de á una accion ordinaria, á una *cognatio extraordinaria*, dirigida por un magistrado (*b*).

B. El caso en que el testador encargaba por un fideicomiso á su heredero ó legatario emancipar sus hijos, no caia bajo la competencia de la jurisdiccion fideicomisaria, mas

(*a*) Ley 16, § 13, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).
(*b*) § 2, J. sing. reb. (II, 24). Ulpiano, XXV, § 12, 18, tit. Dig. fid. libert. (XL, 5).

era posible acudir extraordinariamente ante el emperador para obligar al padre que habia aceptado la sucesion ó el legado, á ejecutar la condicion impuesta por el testador (*a*), y quizá la misma jurisdiccion ordinaria fuese competente para ordenar la emancipacion, cuando se le negaba á un arrogado que habia llegado á la edad de la pubertad (*b*).

C. Una anomalía más importante es la introducida por la ley Julia, que autorizaba al magistrado á forzar la voluntad del padre, en el caso de que éste rehusara sin motivo válido dar el consentimiento para el matrimonio de sus hijos (*c*).

(*a*) Ley 92, de cond. et demonstr. (XXXV, 1).

(*b*) Leyes 32 y 33, de adopt. (I-7). Sin embargo, en la ley 32 pr. cit., se podria tomar por *judex* el *magistratus*, lo que parece confirmar esta adicion, *causa cognita*, y entonces sería una *extraordinaria cognitio*.

(*c*) Ley 19, de ritu nupt. (XXIII, 2).

APÉNDICES

APÉNDICE I.

JUS NATURALE, GENTIUM, CIVILE.

(Véase § XXII, nota *a*, pág. 88).

Entre los jurisconsultos romanos vemos dos grandes divisiones del derecho considerado con relacion á su orígen. Consta la primera de dos términos: el derecho propío de los ciudadanos romanos (*jus civile*), y el derecho aplicable á todos los pueblos (*gentium* ó *naturale jus*). La segunda abraza tres elementos: el derecho privativo de los romanos (*civile*); el comun á todos los pueblos (*gentium*), y el que igualmente es aplicable á los hombres y á los animales (*naturale*).

No solo estimo la primera de las anteriores divisiones como la única racional, sino que pretendo es la que expresa el pensamiento dominante de los jurisconsultos romanos, mientras que la segunda me parece tan sólo un ensayo más comprensivo de clasificacion, pero sin que se le reconociera generalmente ni se le pueda atribuir influencia sobre las doctrinas del derecho.

Numerosos textos de Gayo exponen la division bipartita de la manera más explícita, no admitiendo la definicion que da en el proemio de sus Institutas la posibilidad de un tercer miembro (*a*). Gayo nos presenta el *jus gentium* como el derecho primitivo, tan antiguo como el hombre mismo (*b*), y fundado en la naturaleza del espíritu humano, *naturalis ratio* (*c*).

Llámale tambien *jus naturale*, porque cuando habla de los modos

---

(*a*) Gayo I, § I. (L. 9 de J. et J., I, I.)
(*b*) L. I, pr. de adqu. rer. dom. (XLI, I).
(*c*) Gayo I, § I, 189; L. I, pr. de adqu. rer. dom. (XLI, I).

naturales de adquirir la propiedad, los refiere indistintamente, ya al *jus naturale* (*a*), ya á la *naturalis ratio* (*b*). El principio de que la propiedad del suelo lleva consigo la de los edificios, descansa á la vez sobre el *jus civile* y sobre el *jus naturale* (*c*). Gayo llama la agnacion y la cognacion *civilia et naturalia jurà* (*d*), indicando claramente que no conoce sino la primera division y que toma el *jus naturale* como sinónimo del *jus gentium*.

Modestino tampoco admite más que dos clases de derecho: el *jus civile* y el *jus naturale* (*e*). Paulo sigue el mismo principio cuando refiere al *jus naturale* la prohibicion del matrimonio resultante de la *servilis cognatio* (*f*), y lo mismo acontece á Marciano, Florentino y Licinio Rufino, quienes emplean como sinónimas é indiferentes las expresiones *jus naturale* y *jus gentium* (*g*).

La division tripartita se asienta principalmente y en términos explícitos por Ulpiano (*h*), más tarde por Trifonio (*i*) y luego por Hermogeniano (*j*), y descansa sobre la siguiente hipótesis. Hubo un tiempo en que las relaciones mútuas de los hombres no eran distintas que las de los animales, como la union de los sexos, la propagacion y el mantenimiento y educacion de la prole. Vino despues una segunda época, en la cual el Estado, la esclavitud, la propiedad privada y las obligaciones fueron uniformemente establecidas entre los hombres; y, finalmente, modificaciones introducidas en el derecho general y algunas en instituciones determinadas, formaron en cada nacion un derecho particular y propio.

(*a*) Gayo II, § 65, 73.
(*b*) Gayo II, § 66, 69, 79.
(*c*) L. 2, de superfic. (XLIII, 18).
(*d*) Gayo I, § 158.
(*e*) L. 4, § 2, de grad. (XXXVIII, 10).
(*f*) L. II, de J. et J. (I, I); L. 14, § 2, de ritu. nupt. (XXIII, 2).
(*g*) L. 2, 3, 4, de div. rer. (I, 8); L. 59 de obl. et act. (XLIV, 7); L. 32 de R. J. (L. 17). Del mismo modo Ciceron opone en general *natura* y *lex*, y emplea *natura et Jus gentium* como frases sinónimas. Ciceron de offic. III, 13.
(*h*) L. I, § 2, 3, 4; L. 4; L. 6, pr. de J. et J. (I, I).
(*i*) L. 64, de cond. indeb. (XII, 6) enteramente de acuerdo con Ulpiano sobre el orígen de la esclavitud. Hé aqui un texto ménos preciso: L. 3, pr. depos. (XVI, 3). «Si tantum naturale et gentium jus intuemur,» donde las palabras *naturale et gentium* pueden interpretarse por *naturale id est gentium*, pues aquí la distincion de ambos derechos no estaria en armonía con el principio.
(*j*) L. 5. de J. et J. (I, I). El fragmento inserto en el Digesto no habla sino del *jus gentium*, pero la relacion al *jus naturale* (nombrado sin duda inmediatamente antes), es tan segura, que debemos considerar á Hermogeniano como de acuerdo con Ulpiano; yo tambien he tomado gran parte de mi doctrina de este mismo fragmento.

La division que precede ha sido muy censurada por cuanto atribuye á los animales el derecho y su conocimiento en cierto modo (*a*); pero si se la critica por la impropiedad de sus términos, juicio tan severo no está ciertamente justificado. Toda relacion de derecho tiene una determinada materia como base, á la cual se aplica la forma jurídica, siendo posible abstraerla de esta forma. Para la mayoría de las relaciones de derecho, dicha materia, v. gr., la propiedad, las obligaciones, no es de tal manera necesaria que la especie humana no pudiese existir sin ella; mas para las que son comunes á la naturaleza del hombre y de los animales varía la cuestion, porque sin ellas la existencia no es posible en realidad. No es, pues, propiamente el derecho lo que los jurisconsultos romanos atribuyen á los animales, sino la materia del derecho, la relacion natural que le sirve de base (*b*). Este punto de vista, sin ser en un todo propio para una division del derecho, tiene, sin embargo, su parte de verdad y su valor, bien que ménos apropiado que á ninguna otra á las necesidades y á los usos de los romanos. Los jurisconsultos fueron llevados seguramente á esta idea al ver que ciertas instituciones comunes á todós los pueblos, debian ser consideradas, en más ó en ménos, como naturales. No podríamos desconocer que el orígen de la esclavitud debe ser atribuido á la violencia, y por tanto, á la arbitrariedad ó al azar. Quizá la division tripartita haya sido tan sólo pensada en atencion á la esclavitud; pero por esto no es ménos censurable, y desde luego resulta que la distincion de relaciones más naturales las unas que las otras, es vaga y arbitraria, además de que la division, no atacando sino la esencia general de las instituciones queda estéril por su vaguedad, siendo así que no nos lleva á la clasificacion de las reglas, lo cual habria sido ciertamente de mayor interés. La primera, por el contrario, haciendo resaltar la naturaleza de las reglas, se aplica con fruto á la clasificacion del derecho.

Es tambien indudable que en el derecho romano la division bipartita ha tenido siempre una mayor importancia: para probarlo podríamos invocar la autoridad de casi todos los textos citados, si circunstancias especiales que han ejercido influencia determinando la eleccion de los redactores no debilitaran este argumento. Pero considero como prueba decisiva la ejercida por dicha division sobre el sistema del derecho, en tanto que no encontramos aplicacion ninguna particular de la division tripartita. Las instituciones del derecho y las reglas especiales nos

(*a*) L. I, § 3, de J. et J. (I, 1): «jus istud... omnium animalium commune est.» y más allá: «Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius peritia censeri.»

(*b*) Donellus I, 6 defiende á Ulpiano casi de la misma manera. Dice que éste no atribuye á los animales la relacion de derecho, sino algo que le concierne. Esto no justificaria la division en sí misma.

muestran siempre una oposicion de los dos términos, de los cuales el segundo es el *jus naturale*. Quizá no se vea aquí sino nuevos testimonios que prueben la lucha, no su preponderancia; pero Ulpiano mismo reproduce en una multitud de textos la division bipartita, prueba evidente de que habia asentado la division tripartita como pura especulacion, porque nunca intentó hacer aplicaciones de ella á las materias importantes del derecho. La oposicion de ambos miembros de la division, el *jus civile* y el *jus naturale*, nos aparece en los ejemplos siguientes:

1.º Las condiciones del matrimonio obedecen á la *civilis* ó á la *naturalis ratio* (*a*).

2.º Hay dos clases de parentesco, la *naturalis* y la *civilis cognatio*, segun Ulpiano mismo (*b*).

3.º Es posible adquirir la propiedad y contraer las obligaciones, ya *civiliter* ya *naturaliter*, que es de donde se deriva la facultad de hacerse representar por un hombre libre (*c*).

4.º Ulpiano llama *naturale jus* el derecho del propietario del suelo sobre los edificios (*d*).

5.º La *possessio* es, ó *civilis* ó *naturalis*, segun Ulpiano tambien (*e*).

6.º La oposicion entre la *civilis* y la *naturalis obligatio*, presentada bajo esta forma por Ulpiano, es, sobre todo, muy importante (*f*). *Naturalis obligatio* significa la obligacion fundada sobre el *jus gentium*; este sentido, evidente por sí, se expresa formalmente en muchos textos (*g*).

Los redactores de las Institutas ofrecen al tratar de esta materia un ejemplo de gran ligereza; aplican el texto de Ulpiano sobre la division tripartita, refiriéndolo á la esclavitud (*h*), y además insertan los textos de Gayo, Marciano y Florentino, que fijan la division bipartita, ó implícitamente la suponen (*i*).

(*a*) Pr. J. de nupt. (I, 10).
(*b*) L. 4, § 2, d. grad. (XXXVIII, 10). (Modestino), § 1. J. de leg. agn. tut. (I, 15); L. 17, § 1, de adopt. (I, 7). (Ulpiano).
(*c*) L. 54, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). (Modestinus).
(*d*) L. 50, ad L. Aquil. (IX, 2).
(*e*) L. 3, § 15, ad exhib. (X, 4); L. 1, § 9, 10, de vi. (XLIII, 16). Estos dos textos son de Ulpiano.
(*f*) L. 6, § 2; L. 8, § 3, de fidej. (XLVI, 1); L. 14, de Obl. et Act. (XLIV, 7); L. 6 de compens. (XVI, 2); L. 10, de V. S. (L 16); L. 1, § 7. de pec. const. (XIII, 5). Todos estos textos son de Ulpiano.
(*g*) L. 84, § 1, de R. J. (L. 17). (Paulo). L. 47, de cond. indeb. (XII, 6). (Celsus).
(*h*) § 4. J. de J. et J. (I, 1); pr. J. de J. nat. (I, 2); pr. J. de Lib. (I, 5).
(*i*) § 1, 2. J. de J. nat. (I, 2); pr. § 1, 18, de div. rer. (II, 1).

Por último, toman un pasaje de Gayo, al cual añaden: *Jus naturale* es sinónimo de *jus gentium*, como antes hemos visto (*a*).

Resulta de toda esta investigacion, que debe considerarse la division de Ulpiano como una teoría individual, y la de Gayo como un verdadero principio del derecho romano.

(*a*) § 2, J. de div. rer. (II, 1): «quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam jure civili.»

APÉNDICE II.

L. 2, C. QUÆ SIT LONGA CONSUETUDO (VIII, 53.)

(Véase § 25, nota *e* pág. 113).

El rescripto á que nos referimos dado por Constantino en 319, está concebido así: «Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: verum usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.»

No seria fácil decir cuántas dificultades ha promovido este texto ní cuantas interpretaciones diferentes han procurado dársele. El sentido que desde luego ofrece es el siguiente: la costumbre puede completar la ley, no modificarla ni abrogarla. Pero es indudable que está en contradiccion con el testimonio constante de todos los tiempos (§ 25), y que es necesario buscar otro.

Primeramente hay quo advertir que el emperador se refiere en este punto á las costumbres locales, y de ningun modo á los usos generales; por ejemplo, el que abrogaba el capítulo segundo de la ley Aquilia (*a*). Porque es seguro que el emperador no legislaba sino para el porvenir, y en su tiempo no podia hacer otra cosa que procurar establecer costumbres locales. Además, el epíteto desdeñoso *non vilis*, mal aplicado á una costumbre fundada en el espíritu general del pueblo, era más bien propio para una costumbre local.

De otra parte, la ley de la cual hace mencion este texto era una ley evidentemente imperial; tratábase de saber cuál era, en el tiempo de Constantino, la autoridad de una costumbre local frente á una ley general del imperio. Podia ser ésta absoluta ó supletoria (§ 16): si pertenecia á la primera clase, la unidad de la constitucion política no admitia costumbre alguna local contraria (§ 9), y además, independiente-

(*a*) L. 27, § 4, ad L. Aquil. (IX, 2).

mente de toda ley, una costumbre local no debia ni podia prevalecer sobre un interés general del Estado (*a*); interés que no tenia menos poder si estaba protejido por una ley absoluta, y por esto ninguna costumbre posterior, ya de una ciudad, ya de una provincia, dominaba jamás sobre una ley de tal naturaleza. Lo propio debemos decir cuando se trataba de una costumbre anterior que vanamente se quisiera defender, alegando que la ley general no la habia expresamente abolido. Así, por ejemplo, ninguna costumbre local anterior ó posterior es capaz de modificar una ley general sobre la usura (*b*). El mismo principio se aplica á las leyes especiales; si una de ellas permitia, v. gr., dar sepultura á los cadáveres en el interior de las poblaciones, y más tarde una ley general de policía hubiese prohibido esta clase de inhumanaciones, de hecho todas las leyes particulares estaban abolidas sin que hubiese necesidad de mencionarlas expresamente (*c*). En cuanto á las leyes supletorias no son aplicables los citados principios. Azon cita como ejemplo las costumbres de Módena y de Ravena que decidian que el arrendamiento enfitéutico de los bienes de la Iglesia no fuese rescindido por la falta de pago del cánon durante dos años. Las costumbres aquí son válidas, porque el enfiteuta puede hacer renuncia por contrato de su derecho y no invocar la caducidad (*d*).

Vemos, pues, la distincion que regula el conflicto entre una ley general y una costumbre local, no la que se hace entre el derecho público y el privado. Y en efecto, ciertas prescripciones del derecho público, áun cuando llevadas á término en presencia de un órden general, pueden sin inconveniente sufrir excepciones particulares. Así, la *legis actio*, principalmente para la emancipacion, no incumbia á los magistrados municipales, excepto en ciertas ciudades en donde los magistrados habian sido investidos de un modo expreso con este derecho: sin embargo, Justiniano reconoció que dicho privilegio pudo establecerse por la costumbre (*e*). De otro lado, la ley Pompeya ordenaba que en Bitinia los senadores de los municipios fuesen elegidos exclusivamente de entre los ciudadanos de la misma ciudad, no entre los habitantes de la provincia; y como quiera que esta prescripcion fuese quebrantada frecuentemente, tratábase de saber si las costumbres locales habian abro-

---

(*a*) L. I, C. Th. de longa consuet. (V, 12): «*Cum nihil per causam publicam intervenit*, quæ diu servata sunt permanebunt.» Se halla la aplicacion de este principio con relacion á un caso particular, y se expresa formalmente en la Nov. 134, C. I.

(*b*) L. 26, § I, C. eod. (IV, 30). La L. I. pr. de usuris (XXI, I) no habla del derecho consuetudinario, sino del interés ordinario que podia exceder de la tasa legal. El texto no dice cómo ni bajo qué condiciones el uso puede entonces modificar la ley. V. Puchta, II, p. 77.

(*c*) L. 3, § 5, de sepulchro viol. (XLVII, 12).

(*d*) Azo Comm. in Cod., in L. 2, cit.

(*e*) L. 4, de adopt. (I, 17); L. 6, C. de emanc. (VIII, 49).

gado la ley. Trajano exceptuó de la prohibicion á los senadores extranjeros entonces en ejercicio; pero para en adelante ordenó que la ley fuese ejecutada sin consideracion á las costumbres contrarias, porque probablemente la ley tenia un fin político (*a*).

Cuanto precede se aplica á estas palabras del rescripto de Constantino: *consuetudo non vincit legem*; pero añade: *consuetudo non vincit rationem*; y entre las numerosas significaciones de la palabra *ratio* es donde debemos buscar la que es aplicable al caso. En muchos textos referentes al derecho consuetudinario *ratio* significa la conviccion que reconocia la verdad, la necesidad de la regla, es decir, el fundamento mismo del derecho, del que la costumbre es el resultado y como la señal (*b*). Aquí no podemos aceptar tal sentido de la palabra *ratio*, porque ¿cómo concebir entre esta distincion y la costumbre un conflicto en el cual la última debiera ceder? Mas en otros textos se halla al lado de la *ratio juris*, una *ratio utilitatis* (*c*); y tambien, como *lex* designa una ley general dada en interés del Estado, *ratio* quiere decir el interés del Estado, que no está protejido por una ley, la *ratio publicæ utilitatis*. Entendida de este modo, la palabra ratio tiene un sentido más preciso y práctico que si se la explica por *prudencia* ó *sabiduría* de la costumbre.

Hé aquí, pues, ahora la interpretacion completa del rescripto: las costumbres locales no pueden prevalecer sobre el interés general del Estado, esté ó no dicho interés formalmente garantizado por una ley. No limita el rescripto las costumbres locales ni su autoridad por una disposicion arbitraria y positiva, no yendo más allá de expresar el verdadero carácter de las referidas costumbres, de acuerdo con la constitucion política. Se dirá tal vez que la frase general *Lex* abraza todas las demás leyes, y no solamente las leyes absolutas; pero la union de las pabras *lex* y *ratio*, y más aún la armonía que guarda el rescripto con los principios del derecho justinianeo, me inducen á creer que *lex* debe ser tomada en la acepcion de leyes absolutas; no otro es el carácter general de la legislacion de los emperadores, y principalmente de las innovaciones de Constantino.

La base de esta interpretacion, la relacion del derecho consuetudinario local con las leyes generales, se encuentra en Johannes y en Azon, pero incierta y acompañada de errores: Doneau le dá más precision y claridad (*d*). Placentino es el primero que imaginó la distincion, tan frecuentemente reproducida despues, de que el derecho consuetudina-

(*a*) Plinio, epist. X, 115, 116.

(*b*) L. 39, de leg. (I, 3); L. 1, C. quæ sit l. c. (VIII, 53). Véase § 52, nota *d*.

(*c*) L. 1, C. de acquir. et rer. poss. (VII, 32): «...tam *ratione utilitatis* quam *juris* pridem receptum est.» Savigny, Besitz, p. 363, 6.ª ed.

(*d*) Azo Comm. in Cod. in h. L. Accursino ibid. Donellus, L. I, c. 10.

rio prevalece sobre la ley en las repúblicas y no en las monarquías (*a*). Los autores modernos han propuesto diversas explicaciones arbitrarias que, limitando el rescripto á ciertos efectos de la costumbre, lo ponen en armonía con algunos textos, pero no con todos (*b*). Otros se fijan exclusivamente en la frase *sui momento*, y dicen que una costumbre en sí misma no vale más que la ley, reduciéndolo todo á cuestion de probidad. En este caso, el sentido práctico del rescripto seria que una ley puede sin duda abolir una costumbre sin que su carácter de tal pueda librarla de la anulacion; pero es indudable tambien que Constantino no queria exponer nunca una verdad tan trivial (*c*). Finalmente, Hofacker entiende por *consuetudo*, no un derecho consuetudinario, sino un uso material de hecho; por ejemplo, los robos frecuentemente llevados á cabo, diciendo que usos tales no pueden abrogar la ley (*d*). Pero atribuir á estos actos una *non vilis auctoritas*, seria hacerles demasiada honra, pues que nunca un delito tuvo autoridad alguna.

El derecho canónico destruye las referidas dificultades de un modo muy singular. El rescripto de Constantino se inserta textualmente en el Decreto (*e*), pero los canonistas no ignoraban las lagunas que ofrecia su interpretacion, y Gregorio IX procuró borrarlas en una de sus decretales por medio de la paráfrasis siguiente (*f*): «El *jus naturale*

(*a*) Placentinus in Summ. Cod. lit. quæ sit longa consu.

(*b*) Así, por ejemplo, Schweitzer, de desuetudine. Lips. 1801, 8, p. 47-57 (Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 167). Schweitzer restrinje arbitrariamente este texto á la *desuetudo*, opuesta á la *abrogacion* por la costumbre que continúa válida, pretendiendo que la *desuetudo* autorizada bajo la república, no lo era bajo el imperio, é invoca en auxilio de esta distincion la L. 32, de leg., y la L. 2. C. quæ sit longe cons.—Hübner cree que este texto no se aplica sino á la interpretacion usual errónea; pero entonces no seria la ley la vencida, sino la opinion de quien considerase la interpretacion usual como errónea.

(*c*) Hilliger ad Donellus, I, 10, y más explícitamente aún Averanius, Interpret. Lib. 2, C. I.

(*d*) Hofacker, I, § 122: « .. consuetudinem h. I. accipi pro *consuetudine agendi civium*, quæ... legi prohibitivæ obstet.» Puchta I, 120; II, 58, 211-215, adopta igualmente este sistema; porque por *consuetudo* entiende aquí una costumbre de hecho que no debe ser considerada como el pensamiento comun ni su expresion, es decir, de un derecho consuetudinario, allí donde los principios rechazan una parecida conviccion. Ahora se presenta una nueva cuestion que es la de saber cómo los actos frecuentemente repetidos son inhábiles para crear un derecho consuetudinario. Por la forma en que Puchta responde sobre su resolucion (II, p. 114), llega al mismo resultado que yo: aquí, en opinion de ambos, faltan las condiciones necesarias para dar á una costumbre de hecho la autoridad de un derecho consuetudinario verdadero.

(*e*) C. 4, D. XI.

(*f*) C. II, Y, de consuet. (I, 4): «... Licet etiam longævæ consuetudinis non sit vilis auctoritas: non tamen est usque adeo valitura, ut

(emanando de Dios mismo) no puede ser cambiado por la costumbre, á ménos que ésta no fuese sábia y estuviese confirmada por un largo uso.» Aquí se deja al juez el cuidado de apreciar el valor jurídico de la costumbre, pero solo en el caso de que hubiese de modificar una ley. Este principio, extraño al derecho romano y cuyo mérito es muy dudoso, no ha sido imaginado sino para terminar por una especie de compromiso las discusiones de los jurisconsultos sobre el rescripto de Constantino. Allí se trataba de la autoridad de una costumbre puesta frente á una ley anterior: ahora, hé aquí una disposicion parecida para el caso inverso (*a*). Si el Papa publica una ley general, las costumbres locales ó estatutos anteriores no son abrogados á menos, y esto siempre sucede, que tales costumbres no sean juzgadas como injustas ó que la misma ley no las aboliese expresamente.

El derecho feudal Lombardo contiene una copia bastante curiosa del rescripto de Constantino: un legista puede invocar un texto del derecho romano contrario á las costumbres de los feudos y oponerle la autoridad de la L. 2. C. quæ sit. l. c. Obertus condena esta doctrina, parodiando así el texto de la L. 2: «Legum autem Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suan extendunt, ut usum vincant aut mores (*b*).»

---

vel jure positivo debeat præjudicium generare, *nisi fuerit rationabilis*, et legitima sit præscripta.» El fin de este texto no es sino la repeticion ó la confirmacion de la idea ya expresada por la palabra *longœvœ*; y sin duda, los redactores habrian omitido este desarrollo si no hubiesen estimado conveniente conservar, en tanto que fuese posible, las expresiones del Código.

(*a*) C. I. de constitut. in VI (I, 2): «... ipsis, *dum tamen sint rationabilia*, per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare.»

(*b*) 2, Feud. I.

APÉNDICE III.

DE LA VIABILIDAD DEL INFANTE COMO CONDICION DE SU CAPACIDAD JURIDICA.

(§ LXI, nota *b*, pág. 278.)

Es opinion muy entendida entre los jurisconsultos modernos la de que para tener capacidad de derecho el infante debe nacer no solo vivo, sino viable. Veamos ante todo qué es lo que por viable se entiende.

Hay durante la época de la gestacion un período en el que, verificado el nacimiento, el infante vive algunos instantes, pero su existencia termina siempre á las pocas horas, ó, á lo sumo, á los pocos dias; y esta imposibilidad en que para vivir se halla hace se le rehuse la capacidad jurídica, áun para aquellos momentos en los cuales tuvo su existencia una realidad enteramente cierta. Antes de examinar esta opinion, es indispensable exponer un principio del todo contrario al anterior, que pertenece al derecho de familia (*a*) y ha sido la ocasion inocente de la teoría que nos ocupa.

Segun el derecho romano, el hijo nacia bajo el poder paterno cuando en la época de la concepcion existia entre sus padres un matrimonio reconocido por el derecho civil (*b*); condicion del poder patrio, á la que tantas otras se refieren y puede descomponerse del modo siguiente: 1.° Paternidad natural, es decir, el hecho determinado de que cierto hombre ha engendrado realmente el infante: 2.° maternidad natural; 3.° matri-

---

(*a*) Así, para discutir la cuestion de la viabilidad, me veo obligado á desenvolver de antemano una materia cuyo lugar verdadero estaria en el cuerpo del tratado, donde hubiera de ocuparme del orígen de la patria potestad.

(*b*) Pr. J. de patria pot. (I, 9); Ulpiano V, § I.

monio válido entre el padre verdadero y la verdadera madre; y 4.º existencia de dicho matrimonio en la época de la concepcion. De estos cuatro elementos el segundo y el tercero no ofrecen dificultad alguna; es raro aparezcan como dudosos. y cuando vienen á serlo, no ya se pueden sino que deben probarse como cualquier otro hecho dudoso. Pero no sucede lo mismo respecto á los elementos primero y cuarto, porque la concepcion es un secreto de la naturaleza, cuyos efectos se manifiestan pasado un cierto tiempo, y la prueba es más que difícil, es imposible (*a*). Ahora bien; ¿cómo resolver la dificultad en el terreno del derecho positivo?

Podria establecerse algo parecido á una prueba y mandar que, segun las circunstancias y las probabilidades, el juez determinase quién era el padre y á qué época remontaba la concepcion; pero este sistema se prestaria á graves inconvenientes, y desde luego, traeria consigo una gran incertidumbre. Es evidente que pertenece á los casos en los cuales las circunstancias exteriores en favor ó en contra de la paternidad son de tal modo visibles, que á los ojos de cualquier hombre imparcial equivaldrian á una completa certeza. Pero cuando la paternidad es objeto de un debate judicial, caso que se presenta pocas veces, trae consigo casi siempre una complicacion é incertidumbre que pide gran latitud de juicio en el tribunal (*b*); y como la arbitrariedad traeria tantos más peligros cuanto que independientemente del interés personal se trata á veces del que ofrecen las buenas costumbres, del reposo de las familias y áun del honor de las mujeres, el derecho romano ha rechazado como medio de solucion las decisiones individuales fundadas en presunciones, adoptando el principio siguiente:

Tomando como punto de partida el tiempo que debe durar la preñez para que un infante nazca vivo, vemos que la experiencia nos enseña que el nacimiento puede verificarse 182 dias despues de la concepcion, y tambien mucho más tarde, hasta el fin del décimo mes (*c*). Segun esta

---

(*a*) Por esto no seria cuestionable admitir como prueba el reconocimiento del padre ni su confesion bajo juramento, porque el hecho puede escapar áun al padre mismo, y los tribunales se verian incapacitados para conceder autoridad á sus creencias y convicciones.

(*b*) Se dirá quizá que voy demasiado lejos, y que en las demandas de alimentos la prueba se admite y responde á las necesidades de la práctica. Esta asimilacion seria de todo punto falsa, porque en el caso anterior, lejos de tratarse de la paternidad, se trata de un hecho diferente, muy susceptible de ser probado, el hecho de la cohabitacion que, por sí mismo, es el fundamento de la obligacion y que de ningun modo implica la paternidad, porque si se admitiese este género de presuncion, seria necesario admitir tambien, cosa absurda é imposible, que un infante puede ser engendrado por muchos padres.

(*c*) L. 3, § 11, 12, de suis (XXXVIII, 16). «Post decem menses mortis natur, non admittetur ad legitimam hereditatem.—De eo autem, qui cen-

ley fisiológica, se cuentan desde el dia del nacimiento, que es cierto, 182, y luego hasta diez meses, lo que da una diferencia de cuatro.

Si durante estos cuatro meses, ó en una época comprendida en este intervalo, la madre ha sido casada, el hijo tendrá como padre presunto al marido; si no, jurídicamente hablando, no tiene padre (*a*). Tal es el verdadero sentido de esta regla importante: Pater est quem nuptiæ demonstrant (*b*); presuncion válida, ya á favor del padre, ya en su per-

---

tesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et D. Pius pontificius rescripsit, justo tempore videre natum: nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.» La regla de los diez meses se funda en la ley de las XII Tablas (Gellius III; 16), y formaba á lo que se cree, parte de la Tabla cuarta. El mismo texto invoca para los 182 dias la autoridad de Hipócrates y un rescripto de Antonino. Se ha preguntado lo que los pontífices tenian que ver en esta materia. Cujas piensa que tenian un derecho de vigilancia sobre los nacimientos legítimos (in L. 38 de V. S. Opp. VIII, 519); punto de vista que me parece muy moderno. Nuestro texto dice positivamente que se trataba del hijo de un esclavo. Este queria, sin duda, ser sacerdote ó servidor de un templo, y para ello necesitaba ser ingénuo. Acerca de los 182 dias, véase § 181, nota *h*.—L. 12, de statu. hom. (I, 5). «Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter autoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum qui ex justiis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.» Segun el conjunto del texto, *perfectus partus*, se opone á *abortus* y significa un infante verdadero y que vive. Veremos más adelante (nota *y*) qué otro sentido podrian tener aún estas palabras. Finalmente, citaré la antigua regla de derecho que prohibia á la viuda contraer segundas nupcias antes de trascurridos los diez meses despues de la muerte de su marido, con el fin de evitar la *sanguinis turbatio*. L. II, § 1 de his qui not. (III, 2); L. 2, C. de sec. nupt. (V. 9).—La nov. 39, C. 2, nos ofrece una aplicacion particular de esta regla. Justiniano repelia de la manera más enérgica á la viuda que presentaba un hijo nacido once meses despues de la muerte de su marido.

(*a*) Segun el rigor del antiguo derecho, la ley nueva ha introducido dos modificaciones favorables á la legitimidad: 1.°, el hijo nacido antes de los 182 dias despues de contraido el matrimonio, es legítimo; es decir, que en este caso el reconocimiento del marido suple el tiempo que falta. L. II, C. de nat. lib. (V, 27); 2.°, los hijos de una concubina (naturales) son legitimados por subsiguiente matrimonio. Aquí tambien el reconocimiento del padre reemplaza la presuncion de la regla. L. 10, 11, C. de nat. lib. (V, 27).

(*b*) L. 5, de in jus vocando (II, 4), y no como de ordinario se dice sin razon: pater is est quem *justæ* nuptiæ demonstrant. Aquí se confunden dos efectos muy diferentes del matrimonio relativos al estado de los hijos: 1.°, el matrimonio en una cierta época de antigüedad estableció la presuncion de paternidad, sin que importe existiesen ó no *justæ nuptiæ*; así, v. gr., el ciudadano romano que habia casado con una *peregrina*, no era menos padre verdadero de los hijos nacidos de su matrimonio, siendo tan solo necesario que el matrimonio fuese permitido, porque en caso de incesto el matrimonio seria nulo, es decir, no existiría, y los hijos no serian de tal hombre, § 12, J. de nupt (I, 10).

juicio, que toda parte interesada tenia el derecho de invocar, no siendo necesario prueba alguna porque no podia ser atacada por meras conjeturas. Por sí misma forma una prueba completa, plena, no cediendo más que á la de la imposibilidad física, siempre que se demuestre de una manera concluyente la ausencia continuada y larga del marido (*a*). No es este el lugar de examinar si las leyes fisiológicas en que descansa esta presuncion han sido bien observadas. pero es necesario reconocer el beneficio de una regla que aleja la arbitrariedad de los juicios individuales, cuando consultando las obras teóricas y las decisiones de las facultades de medicina, se ve cuáles son en esta materia las incertidumbres y las contradicciones de los fisiólogos (*b*), del mismo modo tambien que la prudencia de la latitud concedida. Es evidente que bajo su proteccion puede más de un hijo ilegítimo usurpar los derechos de la legitimidad, pero la injusticia opuesta seria más de temer todavía. De otra parte, ¿qué es este peligro comparado con el de reconocer como legítimos los hijos adulterinos nacidos durante el matrimonio? Y sin embargo, no hay remedio que oponerle que no sea peor que el mal mismo que se procura evitar.

2.° Si el matrimonio es al mismo tiempo un vínculo civil entonces se une á él una consecuencia importante, pues los hijos nacen bajo el poder del padre.

(*a*) Así. un hijo nacido á los 182 dias en un estado de conformacion tan perfecto que la concepcion pareciera anterior al matrimonio, no seria por esto menos hijo del marido, y recíprocamente, el padre podria rechazar al hijo nacido antes de dicho término, aun cuando los médicos declarasen que, dada su conformacion imperfecta, fué concebido durante el matrimonio: del mismo modo tambien el estado de conformacion de un hijo póstumo, nacido poco antes de espirar el plazo de los diez meses. no probaria nada contra su legitimidad. Estos principios son contrarios á los comunmente seguidos. Hofacker, t. I, § 544; Struben Rechtl. Bedenken, vol. V, núm. 86. Ni aun el mismo adulterio probado destruye la presuncion de la paternidad.

(*b*) Cuando se ve á muchos autores de medicina afirmar en principio que antes de un cierto tiempo el hijo no puede nacer viable, esto es solo una ilusion que desechamos, porque frecuentemente añaden los mismos autores hay casos excepcionales en los que un hijo nacido mucho tiempo antes del término puede vivir si se le prodigan cuidados extraordinarios. Así, Oeltze, De partu vivo viventi, cita, segun autores célebres, dos casos muy notables. En uno de ellos, una mujer dió á luz un hijo á los seis meses justos de su union, que vivió, y sin embargo no hay duda de que le tuvo en su seno menos de 182 dias. Sobre las opiniones, muy diversas, de los médicos, véase á Glück, vol. 28, p. 129 y siguientes. Deseo citar, en apoyo de mi opinion, la de uno de los autores más estimados que han escrito sobre medicina legal, A. Henke, von den Fruh-und Spat-Geburten Abhandlungen ans dem Gebiet der Gerichtlichen, Medicin., vol. III, p. 241, 307. Desde luego comienza por establecer los términos diferentes de un embarazo normal (p. 285, 284), pero reconoce la existencia de casos excepcionales, lo cual destruye toda certidumbre (p. 271, 292 y siguientes). Sus conclu-

Todos estos principios se consignan en las fuentes con claridad, y los autores tampoco les han olvidado por completo, bien que más de una vez les han oscurecido separándoles equivocadamente de reglas y de ideas que se les relacionaban, ó procurando debilitarlos por medio de excepciones. No se han detenido aquí, y han edificado sobre dichos principios el sistema siguiente: Cuando un hijo, dicen, nacia antes de los 182 dias despues de la concepcion, aun cuando naciera vivo, segun las reglas fisiológicas sancionadas por la legislacion, es incapaz para prolongar su existencia, y, por tanto, no se le puede atribuir ningun derecho. La capacidad jurídica depende, no solo del nacimiento, sino de la aptitud para la vida ó de la viabilidad. Así, pues, el hijo á quien su nacimiento prematuro hace incapaz de vivir no tiene derecho y debe ser asimilado á un infante nacido muerto, á un *abortus* (*a*). Antes de entrar en el exámen profundo de la doctrina, voy á mencionar una de sus modificaciones especiales; se ha pretendido que los nacidos dentro del sétimo mes eran viables, mientras que no lo eran los que nacian durante el octavo (*b*). Peró en la práctica este desenvolvimiento del sistema ha sido generalmente abandonado (*c*). Paso á probar que la doctrina de la viabilidad, como condicion de la capacidad, no tiene ningun fundamento jurídico.

Es contrario á los principios generales sobre la capacidad de derecho que ésta vaya unida al hecho de la existencia de una criatura humana sin consideracion alguna á su duracion. ¿Cuál seria el motivo para fijar una restriccion ó establecer un límite?

Se encuentra en oposicion con los orígenes del derecho. Fundada en apariencia en la regla de los 182 dias, no se justifica por ella, sin embargo, de ninguna manera, porque los romanos la empleaban para establecer la presuncion de la paternidad, y no para rehusar el goce del derecho á una multitud de séres que tenian una existencia real y positiva. Los textos que se refieren más directamente á la cuestion, son: Las L. 2, 3. C. de posthumis (VI, 29), las cuales deciden que el infante tiene la capacidad jurídica, una vez verificado su nacimiento, aun cuando mu-

---

siones son un elogio completo de la legislacion, principalmente del derecho romano, que mediante reglas positivas previene la incertidumbre de los juicios individuales (p. 271, 274, 303, 304), y aprueba expresamente la latitud concedida por el derecho romano.

(*a*) Así es como se expresan Haller Vorlesungen uber die Gerichtl. Arzneiwissenschaft, vol. 1, Berne 1782. C. IX, § 3-7; Oeltze, De partu vivo vitali, § 15-19.

(*b*) Cujacius in Paulum, IV, 9, § 5: «Qui ante septimun, *vel octavo mense* prodeunt, imperfecti sunt, *nec vitales*. Nono autem, et undecimo á conceptionis die *legitimi partus* fiunt.» Cujacius representa esta doctrina como adoptada en la práctica, y la aplica evidentemente á la capacidad de derecho. Aulo Gelio refiere que hubo un proceso en Roma, del cual hablaré despues.

(*c*) Haller, § 9.

riese inmediatamente (*illico*), por ejemplo, en las manos de la partera. Era este caso oportuno para decidir si la muerte procedia de la no viabilidad ó de circunstancias exteriores, y como el legislador no dice una palabra acerca de la distincion, es claro que no estaba en su ánimo hacerla. Los argumentos que invocan los partidarios de la opuesta doctrina, tomados de las fuentes, son extremadamente débiles, y, además, se mueven todos dentro de un círculo vicioso. Volveré sobre este punto cuando me ocupe de examinar las opiniones diversas de los autores.

La doctrina no es tampoco susceptible de una aplicacion real y verdadera. El infante, se dice, no es viable cuando nace antes de cumplidos los 182 dias, ó sea despues de la concepcion. Pero, ¿cómo reconocer el dia de la concepcion? Precisamente, porque es imposible determinarlo es por lo que los romanos han tomado como punto de partida para su cálculo el dia conocido y cierto del nacimiento. Para salir del círculo en donde se hallan encerrados los partidarios del sistema que combato no tienen sino un medio que necesariamente resulta de su opinion; llamar á los médicos y que declaren, segun el estado del infante, que ha vivido menos de los 182 dias en el seno de la madre, de lo cual deducen que no es viable. Con este modo de raciocinar, el número de los dias es de todo punto inútil, sirviendo tan solo para disfrazar la arbitrariedad, pues más natnral seria referirse directamente á los médicos, quienes decidirian segun las señales exteriores si el recien nacido era ó no viable. El establecimiento de un cierto número de dias es aún inconciliable con un juicio del médico, y no pudo entrar en la mente del legislador. En efecto; ¿qué médico se atreveria á echar sobre sí el decidir si el infante que se le presenta para su exámen ha estado 181 dias precisamente en el seno de la madre y no 182 ó 183? Así entendido, se ven los peligros y la incertidumbre de los juicios individuales á los cuales se abre aquí camino sin necesidad ninguna; peligros que, bajo otro concepto, el derecho romano supo prevenir mediante la presuncion de la paternidad.

Y no se me objete que si en mi sistema es necesario probar la vida, se podria probar tambien la viabilidad, pues la diferencia entre ambos casos es bien notoria. La vida del infante es un hecho cuya percepcion cae en gran parte bajo los sentidos, y desde este momento puede, como cualquier otro hecho, ser probado sín ningun peligro por medio de testigos, mientras que la apreciacion de la viabilidad pertenece á la ciencia, y es además un punto sobre el cual los médicos no están completamente de acuerdo, debiendo añadir que en la exposicion de sus teorías suponen siempre que el infante efectivamente muere.

Si pues verificado el nacimiento se dirigiese á una facultad de medicina una relacion exacta sobre el estado de un infante, y despues de muchos meses la facultad declaraba la no viabilidad de aquel y su incapacidad de derecho, y sin embargo, salvado á fuerza de cuidados llega á una edad avanzada, sucederia que ningun partidario de esta doctri-

na querria declarar sin derechos, como incapaz para vivir, á una persona que, viviendo, probára ésta su capacidad (*a*).

Veamos ahora otros resultados que se pueden presentar á ciertos partidarios de la viabilidad. Supongamos que un infante viene al mundo en términos que dé señales de vida incontestables, y muere, sin embargo, inmediatamente despues; se abre su cuerpo y se reconoce en él un vicio orgánico que hacia imposible su existencia: su no viabilidad es mucho más cierta que la de los nacidos en época anterior, y no obstante, de ordinario no se discute su capacidad jurídica. Aplicar á estos casos las consecuencias lógicas del principio y declarar la incapacidad jurídica del niño, seria acrecentar los peligros de la arbitrariedad é incertidumbre del derecho.

Es tambien una inconsecuencia no menos evidente que la primera, la que se refiere á las relaciones entre el derecho civil y el criminal. Considerado el asunto sencillamente, aquellos que en derecho civil estiman al niño no viable como muerto, deben, en derecho criminal, reconocer que este niño no puede ser objeto de ningun delito, porque en cierto sentido no hay delito posible contra ningun cadáver. Exigir en derecho civil la viabilidad, y castigar en derecho penal la muerte de un niño no viable, aun cuando la pena no sea la ordinaria, la de muerte, es sin duda alguna una contradiccion. En derecho criminal hay dos motivos que han dado á la cuestion una direccion particular. Desde luego las declaraciones de la Carolina sobre la conformacion regular (art. 131) se han entendido frecuentemente en el sentido de la viabilidad; y además, teniendo ó creyendo tener razones para distinguir de una muerte ordinaria el infanticidio propiamente dicho, esto es, la muerte del infante por la madre en ciertas circunstancias y para castigarle menos severamente. Se ha utilizado la falta de viabilidad para sustraer á la madre de la aplicacion de la pena, y se evita toda explicacion sobre el caso en que la muerte de un niño recien nacido se cometiera por otros que la madre, v. gr., la partera. Si muchos criminalistas modernos miran la viabilidad como independiente de un número determinado de dias, es una circunstancia que nada tiene de extraordinaria, porque hemos visto ya que en derecho civil la fijacion de este número no es sino aparente, y que, en realidad, la cuestion se decide segun el parecer de los médicos. Veamos ahora cómo se dividen las opiniones de los criminalistas.

Los que admiten el sistema en toda su extension y rigor consideran la viabilidad como parte esencial del *corpus delicti*, y en el punto en donde falta no admiten ninguna penalidad. Así lo enseña Feuebarch, si bien con relacion al infanticidio propiamente dicho, y solo segun el

---

(*a*) Véanse los casos enumerados en la nota *i*.

texto de la Carolina (*a*), no viendo como trata otros casos análogos. Mittermaier ha extremado el sistema hasta sus últimos límites (*b*). Para éste no son viables todos aquellos cuya existencia no puede prolongarse por consecuencia de un nacimiento anticipado ó de un vicio de organizacion, bien que en ciertos casos referidos por Mittermaier mismo, hubiera vivido cuatro dias y algunas veces diez. Tales niños, dice, no pueden llamarse *criaturas vivas; solo tienen la apariencia de la vida y no puede cometerse un crímen sobre sus personas*. Esta doctrina, que no se aplica únicamente al infanticidio, es rigurosa en sus deducciones; pero dudo que Mittermaier haya medido toda la extension de sus consecuencias prácticas. Con el fin de descartar la especie de interés que se une á la madre infanticida, y oscurecer la cuestion, supongo que una partera ganada por los parientes colaterales, haya muerto un niño nacido dentro del tiempo y cuya existencia no fuese dudosa: segun tal doctrina, la matrona debe ser absuelta por los tribunales, y á lo sumo, sometida á ciertas penas disciplinarias si los médicos declarasen que, á consecuencia de un vicio de organizacion, la vida del niño no podia prolongarse.

Otros se limitan á rechazar la aplicacion de las penas ordinarias; pero en el caso de infanticidio propiamente dicho, están bien lejos de quitar al infante no viable toda proteccion de las leyes. Citaré, entre algunos, á Carpzov, quien admite como benignidad la mayor que puede tenerse, que la pena de tal infanticidio no deberia en ningun caso llegar hasta la de muerte (*c*). Algunos, finalmente, no han tenido para nada en cuenta la viabilidad, y aconsejan que la muerte de un niño no viable esté sometida á la aplicacion de las penas ordinarias (*d*). Veamos ahora la relacion existente entre estas diversas opiniones de los criminalistas y las doctrinas de los jurisconsultos que en derecho civil rehusan la capacidad de derecho al infante no viable. Los que adoptan la opinion de Mittermaier son consecuentes; pero todos aquellos que admiten una

---

(*a*) Feuerbach, § 237.

(*b*) Mittermaier, neues Archiv. des Criminalrechts, vol. VII, p. 316 y 323, y principalmente, p. 318, 320.

(*c*) Carpzov. Pract. rer. crim., quæst. II, núm. 37-43. Entre los autores modernos citaré á Puttmann, j. crim. § 339.

(*d*) Estos son: Martin, Criminalrecht, § 107-122: Hencke, Lehrbuch, § 165: Jarcke, Handbuch, vol. III, p. 277; Spangernberg, neues arch. des Criminalrechts, vol. III, p. 28. En esta investigacion parece no se han distinguido bien: 1.º, el hecho en sí mismo; y 2.º, la voluntad contraria á la ley. Si se asimila el niño no viable á un cadáver, la opinion de Mittermaier está fundada, y la voluntad es diferente; si, por el contrario, se le considera como una criatura viva, entonces es menester apreciar la voluntad. Si el agente conocia la no viabilidad, su determinacion es menos censurable que si hubiere querido atender á la existencia de un niño capaz de vivir. Bajo este concepto, la opinion de Carpzov podria defenderse contra la nota de una transaccion arbitraria.

penalidad, ya ordinaria ya extraordinaria, no lo son; esta es la nueva inconsecuencia que deseaba hacer constar.

Si segun los motivos que acabo de exponer la doctrina de la viabilidad como condicion de la capacidad debe rechazarse por completo, podria creerse que era una invencion de los jurisconsultos modernos y que no tuvieron los romanos idea alguna de ella; pero lejos de suceder así la conocieron perfectamente. El hecho de que autores ajenos á la ciencia del derecho no distinguieran siempre suficientemente las diversas cuestiones que abraza el asunto, y, sobre todo, las de despues de cuántos dias desde la concepcion el recien nacido es viable, y la de cuál es el término más largo de la preñez, por más que traiga consigo confusion, no debe causarnos sorpresa. Hé aquí ahora los pasajes de los escritores antiguos que se refieren al aspecto jurídico de estas cuestiones.

Plinius, Hist. nat. lib. VII, c. 4, (Al 5): «Ante septimum mensem haud unquam *vitalis est.* Septimo non nisi pridie posteriore plenilunii aut interlunio concepti nascuntur. Tralatilium in Ægypto est et octavo gigni. Jam quidem et in Italia tales partus *esse vitales*, contra priscorum opiniones... Masurius auctor est, L. Papirium prætorem secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse, quum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus pariendi statum videretur.»

Aquí la palabra *vitalis* se emplea dos veces; pero no creo que significa la capacidad de un sér vivo para prolongar su existencia. Como se toma indiferentemente por *nasci* y *gigni*, tiene mejor el sentido general de *nacido vivo*, sin la distincion sutil de *viable*. El sentido del pasaje es el siguiente: un niño no puede nacer vivo antes del sétimo mes despues de la concepcion; si viene á la luz durante él, es necesario que la concepcion se refiera á ciertas épocas determinadas por la luna. En Egipto se creyó siempre que podia nacer vivo á los ocho meses, opinion que solo se ha admitido en Italia en nuestros dias. La decision del pretor Papirio se refiere á otra cuestion, la de saber cuál es la duracion más larga que puede alcanzar la preñez, con el objeto de determinar si un infante ha nacido ó no dentro del matrimonio. Segun dicha explicacion, vemos, pues, que el pasaje citado es extraño á nuestro asunto.

Gellius, lib. III, c. 16: «De partu humano... Hoc quoque venisse usu Romæ comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense, post mariti mortem, peperisse: factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent: sed D. Adrianum causa cognita, decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse; idque ipsum ejus rei decretum nos legimus... Memeni ego Romæ accurate hoc atque sollecite quæsitum, negotio non rei tunc parvæ postulante, *an octavo*

mense infans ex utero *vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplerisset: quum abortio quibusdam, non partus videretur mensis octavi intempestivitas.*» (Despues sigue el pasaje de Plinio sobre el pretor L. Papirio. citado textualmente).

El proceso relativo al onceno mes, no interesa á nuestro propósito; pero el tocante al octavo es muy notable, y entra de lleno en la cuestion que debatíamos. Muerto un niño casi inmediatamente despues de su nacimiento, pretende una de las partes interesadas que estaba dentro del octavo mes, que no era viable y que debia reputársele como nacido muerto...: desgraciadamente Aulo Gelio no refiere la sentencia. No olvidemos que el proceso no tuvo por objeto la capacidad del infante, sino el *jus liberorum* de la madre, pudiendo añadir con bastantes probabilidades de acierto, que no se trataba respecto á la madre de la esencion de una pena, porque entonces los *monstra* se tenian presentes y de seguro los niños que nacian muertos tambien (*a*), sino de un privilegio unido al *jus liberorum*.

Por último, el texto más interesante es en el que Paulo enumera las condiciones que debe reunir la mujer para heredar en virtud del senado-consulto Tertuliano, que era uno de los principales privilegios unidos al *jus liberorum*: Dice así en el lib. IV, tit. 9, ad Sc. Tertullianum, Paulus, lib. IV, tit 9, ad Sc. Tertullianum § I: «Matres tam ingenuæ, quam libertinæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficet, dummodo *vivos, et pleni temporis* pariant.»

§ 5. «Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut *aut septimo pleno, aut decimo mense* partus maturior (*b*) videatur.»

El texto se refiere esencialmente á la viabilidad porque habla de infantes *vivos et pleni temporis*, reconociendo de este modo que pueden nacer vivos sin ser viables. No se podria defender que *pleni temporis* se toma aquí en el sentido de *superstites*, esto es, vivos en el momento en que se abra la sucesion, porque además Paulo dice precisamente lo contrario (*c*); ni que se trate de hijos legítimos y que *plenum tempus* se refiere á la presuncion de la concepcion durante el matrimonio, porque no se atendia a la legitimidad desde el momento en que se trataba del *jus liberorum*, y principalmente del derecho de sucesion recíproco existente entre la madre y los hijos (*d*). Por esto Paulo entiende, sin duda, que el interés de la madre en el *jus liberorum* exigia que cada uno de los hijos naciera vivo, y además, segun la duracion de la pre-

---

(*a*) Véase antes § 61, nota *s*,

(*b*) Se lee en la ed. Princeps. (París 1525) *maturus*. Esta redaccion es más sencilla y natural que la de *maturior*, pero no tiene ninguna importancia para la cuestion que se debate.

(*c*) Paulo IV, 9, § 9.

(*d*) Paulo IV, 10, § I.

ñez, viable (pleni temporis). Admite, pues, de un modo evidente que una duracion insuficiente hubiera de ser comprobada por una declaracion facultativa ó por la confesion de la madre que, como obraba en contra de sus intereses, era admitida á declarar.

Ahora bien; ¿cuál es el tiempo exigido por Paulo, *plenum tempus*? En el párrafo 5 nos lo dice claramente: el infante debe nacer dentro del sétimo mes, es decir, que el embarazo ha de durar por lo menos seis meses cumplidos; exposición esta de la práctica del derecho perfectámente de acuerdo con el mínimum fijado para la presuncion de la paternidad segun el testimonio de Paulo y Ulpiano mismo (nota *e*), á saber, 182 dias. Hasta ahora todo punto resulta claro y es consecuente, pero la gran dificultad procede de que el párrafo 5 de Paulo quiso apoyar la regla en la autoridad de Pitágoras: éste, dice, nos enseña que un niño ha nacido á tiempo, *aut septimo pleno, aut decimo mense*. Tales palabras no concuerdan con las que preceden ni con la regla citada hace un momento, segun la cual una vez comenzado el sétimo mes es suficiente. Esta es la razon de por qué Noodt propone una correccion, confirmada despues por un manuscrito: *ut aut septimo, aut pleno decimo mense* (*a*). Así se estableció una armonia aparente entre dicho texto y la regla de Ulpiano sobre la ampliacion de los 182 dias á 300; y digo aparente, porque *pleno decimo mense* no significa durante todo el curso del décimo mes, sino dentro de él, sea al principio, medio ó fin, lo que estaria conforme con la regla de Ulpiano, pero precisamente al fin del décimo mes (*completo decimo mense*), de modo que en la mitad de dicho mes parece que el infante no era viable.

Es preciso buscar la solucion de la dificultad en otra parte. Las palabras *aut septimo pleno, aut decimo mense*, no se refieren al derecho en vigor, sino exclusivamente á la opinion de Pitágoras, y por fortuna encontramos esta opinion claramente desenvuelta en otro autor (*b*). Segun Pitágoras, un niño no puede nacer viable sino en dos dias determinados, y nunca durante el tiempo intermedio, á saber: doscientos diez dias (aut septimo pleno), ó doscientos setenta y cuatro dias (aut decimo mense) despues de la concepcion.

A una de dichas épocas se refiere el *minor partus* ó *septemmestris*; á la otra el *major* ó *decemmestris*. En apoyo de la opinion precedente tenemos un cálculo muy atrevido y complicado, pero de tal manera exacto, que no cabe olvido ni oscuridad sobre el sentido de Pitágoras.

(*a*) Noodt ad Pandectas, lib. I, tít. VI. La redaccion del manuscrito se incluye en la ed., n. 4.° de Bonn. Apénd. p. 187.

(*b*) Censorino, de die natali, cap. II. Lachmann me ha indicado esta explicacion de Paulo por Censorino. Schulting la cita, pero sin hacer uso de ella.

Se ve por la identidad de los resultados que Paulo ha entendido del mismo modo la doctrina, sobre todo, por la repeticion de la palabra *aut*, que expresa muy bien la alternativa entre dos dias determinados y no los dos términos de una época, comprendido el intervalo entre ambos.

Si comparamos la regla de Pitágoras con la del derecho romano reconocida por Paulo, encontraremos una diferencia completa. Pitágoras no admite la viabilidad sino á los 210 dias de la concepcion; mientras que el derecho romano y Paulo mismo en nuestro texto la admiten un mes antes y no ya solo en un dia determinado. Por esto Paulo, invocando la autoridad de Pitágoras, ha mostrado una erudicion supérflua é ininteligible, pues ambas reglas son irreconciliables, y, segun Paulo mismo, no hay en ellas nada de comun si se exceptúan las frases *septimo mense*, bien que tomadas en una diferente acepcion.

Resulta, pues, de nuestra investigacion lo siguiente: Paulo dice que un infante vivo, pero no viable, es decir, nacido antes de comenzar el sétimo mes, no debe imputársele á la madre para que ésta obtenga el beneficio del senado-consulto Tertuliano. Podria creerse era la suya una opinion aislada formulada por este jurisconsulto, pero no lo estimo así, porque Aulo Gelio hace mencion de un proceso relativo á un niño nacido en el octavo mes; creo mejor que la regla, incierta en un principio, se hubo de fijar despues en el sentido de que el niño nacido antes del sétimo mes de embarazo era el único que no debia considerarse para aquel efecto, además de que tanto en Paulo como en Aulo Gelio la regla no se invoca sino como fundamento del *jus liberorum* y en lo que tocaba á los privilegios, lo cual ya en Aulo Gelio, no en Paulo, es completamente cierto. Por el contrario, carecemos de todo motivo racional para pensar que Paulo, como cualquier otro jurisconsulto romano, haya exijido nunca la viabilidad como condicion de la capacidad de un niño nacido vivo *(a)*.

Ahora bien, en cuanto al derecho justinianeo, ¿hay algun dato en favor de la doctrina ordinaria de la viabilidad? Nada absolutamente; si existe es un argumento contraproducente para los partidarios de dicha doctrina. En tiempo del emperador no existia ya el *jus liberorum*; antes de él no vemos que la viabilidad haya sido jamás exijida como condicion de la capacidad del infante. Si casualmente algunos jurisconsultos antiguos habian sostenido esa doctrina, es indudable que los compiladores la hubieron de rechazar, porque lejos de insertarla en sus

---

(*a*) Cuando Paulo dice en otro lugar: Septimo mense nasci perfectum partum (nota *e*); estas palabras *perfectum partum* tienen un doble sentido: el de *vivum et vitalem*, vivo y viable. Pero segun el resto del texto, se ve que se trataba de la presuncion de la paternidad y la viabilidad quedaba ciertamente fuera de la cuestion.

colecciones, establecieron la regla contraria en los términos más explícitos *(a)*.

Es difícil exponer las opiniones y los argumentos de los autores relativos á esta cuestion, porque en su gran mayoría no resultan claros, viéndoles confundir repetidamente la viabilidad como condicion de la capacidad de derecho y la presuncion de la paternidad, no distinguiendo la doble influencia que puede tener el parecer de los facultativos cuando se pregunta si un infante muerto inmediatamente despues de su nacimiento ha tenido capacidad jurídica, y si un hijo es ó no legítimo en tanto que ha nacido dentro ó fuera del matrimonio *(b)*. A mi juicio, en ninguno de los dos casos tienen nada que decidir los médicos, porque de un lado el infante muerto inmediatamente despues de su nacimiento tiene siempre la capacidad de derecho, y de otro el derecho positivo ha establecido reglas invariables, precisamente para prevenir sin duda el peligro de los juicios individuales *(c)*. Pero cualquiera que sea la opinion que se adopte, es necesario reconocer que no se pueden profundizar estas cuestiones á ménos de distinguirlas claramente.

Ningun otro ha llevado tan allá la confusion de ideas como Glück; pero, como de costumbre, es estimable por sus numerosas citas de autores lo mismo médicos que jurisconsultos *(d)*.

Entre los partidarios más decididos de la doctrina de la viabilidad, se pueden incluir:

1.° Alph. Carranza, de partu naturali et legitimo, cap. 9. Sienta en principio, sin discutirla, la viabilidad como condicion de la capacidad, tratando despues de resolver en qué mes del embarazo comienza ésta. Una vez supuestas gratuitamente numerosas controversias entre los antiguos jurisconsultos, y variaciones hechas en la jurisprudencia,

---

(*a*) L. 2, 3, C. de posthumis (VI, 29).

(*b*) En un proceso sobre la legitimidad, la viabilidad es pocas veces objeto de cuestion, porque algunas el niño es parte en el proceso ó ha vivido bastante tiempo para que su viabilidad no pueda racionalmente negarse; sin embargo, en ciertos casos excepcionales ambas cuestiones surjen á un tiempo. Supongamos que un hombre muere algunos meses despues de su matrimonio y que al poco tiempo su viuda da á luz y el hijo vive solamente un dia; si la viuda pretendiese que la sucesion del marido ha sido adquirida *ipso jure* por el hijo y se presenta para sucederle, ocurren las dos cuestiones siguientes: 1.ª ¿El hijo era viable y por tanto capaz para suceder al padre? 2.ª ¿Segun la época del nacimiento, es legítimo y capaz de suceder al marido? Aun en este ejemplo ambas cuestiones quedan perfectamente distintas y deben ser resueltas segun principios diferentes en un todo.

(*c*) Véase antes nota *h*.—Hay además entre los autores modernos una gran diversidad de opiniones, y de ordinario confunden esta cuestion con la de la viabilidad.

(*d*) Glück, vol. II, § 115, 116; vol. XXVIII, § 1287, *c*.

expone dificultades que él mismo ha creado, mereciendo por esto una grave censura, para llegar por último (números 37 y 38), á la conclusion singular de que un hijo nacido durante el quinto y sexto mes del embarazo es viable y capaz en derecho, pero no así el que lo fuere en los meses tercero y cuarto.

2.º G. E. Oeltze, De partu vivo vitali et non vitali, Jena, 1769. Sostiene abiertamente el principio de que el infante no viable, es decir, nacido antes del sétimo mes, no tiene capacidad de derecho. Encuéntranse en su obra idas claras y buena enseñanza literaria; pero las razones que expone en apoyo de su sistema son por extremo débiles, como puede verse por el resúmen siguiente:

a. Un niño no viable no puede ser de ninguna utilidad á los demás hombres, y debe considerársele como nacido muerto (§ 15).

b. L. 12, de statu hom (I, 5) dice: septimo mense nasci *perfectum* partum, por *vitalem*: interpretacion aceptable de estas palabras si no estuviera rechazada por el resto del texto (véase nota *y*). Para huir de la objecion, aplica á la capacidad del hijo estas palabras, *justum* filium esse, que expresan evidentemente su legitimidad, su nacimiento ex justis nuptiis (§ 16).

c. La L. 2, C. de posthumis (VI, 29) determina que el *abortus* no tenga ningun derecho, y desde este momento el hijo no viable carece de todo derecho, porque es asimilado al *abortus* (§ 19).

d. La L. 3, C. de posthumis (VI, 29) estableció como condicion, si vivus *perfecte* natus est, es decir, si nace viable (§ 21). Pero *perfecte* natus se opone, no al infante nacido antes de término, sino al que no esté perfectamente separado de la madre. Cuando este sentido no resaltara de los términos mismos, estaria puesto fuera de duda por la repeticion siguiente: si vivus ad orbem *totus* processit.

3.º Haller (véase nota *k*) admite como necesaria la viabilidad, pero segun los numerosos testimonios de los jurisconsultos, y, á lo que parece, contra su voluntad, pues (p. 321, nota *q*) consigna en una lista los partidarios de la opinion contraria.

4.º Hofacker, t. I, § 237, niega la capacidad al infante no viable y le asimila al que ha nacido muerto.

De otra parte, notamos que los verdaderos principios tuvieron siempre defensores; entre ellos podemos contar á Carranza, antes citado como su adversario, si nos atenemos al resultado puramente práctico, porque si bien rehusa conceder capacidad á los infantes no viables, en realidad la admite para todos los casos dudosos, pues declara viables los nacidos durante el quinto y sexto mes. Hay tambien muchos autores que sientan el principio de que todo el que nace vivo tiene la capacidad de derecho independientemente de la viabilidad. Entre los autores antiguos se encuentran: Carpzov, Jurisprudentia forensis, § 3. Const. 17, def. 18.

Entre los modernos: J. A. Seiffert Erörterungen einzelner Lehren

des Römischen Privatrechts Abtheil, I, Würzburg, 1820, p. 50, 52. Seiffert reconoce la diferencia existente entre la presuncion de la paternidad y las condiciones de la capacidad, negando formalmente que la viabilidad sea una de dichas condiciones; pero no desarrolla bastante su doctrina ni la presenta bajo sus diferentes fases, único medio de evitar el que reaparecieran los antiguos errores.

Vangerov, Pandecten, p. 55, se declara tambien por los verdaderos principios.

Veamos ahora las disposiciones de las legislaciones modernas. El Código prusiano no admite la doctrina de la viabilidad, uniendo la capacidad jurídica al solo hecho del nacimiento, lo mismo para los efectos del derecho civil que para los del criminal (véanse respectivamente I, § 1, § 12, 13) y (II, 20, § 965, 968 y 969).—El Código civil francés consigna la viabilidad como condicion de la capacidad: el nacido vivo, pero no víable, no puede suceder ab intestato ni recibir entre vivos ni por testamento (art. 725, 906). El marido puede desconocer al hijo nacido antes de los 183 dias de verificado el matrimonio, mas pierde esta facultad *si el infante no es declarado viable* (art. 314). El Código penal no dice nada respecto á este punto.

A las cuestiones de que acabo de ocuparme se refieren íntimamente dos, de las cuales he deferido hablar hasta aquí con el objeto de no romper la unidad de esta investigacion.

La primera concierne á la aplicacion hecha á los hijos naturales de las presunciones establecidas por el derecho romano sobre la duracion del embarazo. Esta cuestion es extraña al derecho romano, porque no reconocia la filiacion de los hijos naturales, negándoles la consideracion de cognados de su padre. El derecho nuevo contiene algunas disposiciones sobre los nacidos de una concubina, pero suponiendo siempre que el padre mismo los reconoce, lo cual todavía, como claramente se vé, no arguye la presencia para nada de la presuncion de la paternidad. Mas en los Estados modernos de Europa, la práctica derogando al derecho romano da á los hijos naturales derechos que pueden reclamar cerca de su padre. Los jurisconsultos han procurado referir la reforma á la presuncion del derecho romano asentando la regla siguiente: Cuando un hombre reconocia ó estaba convencido de haber tenido con una mujer relaciones íntimas durante los cuatro meses corridos desde los 181 dias hasta el 300 á partir desde su preñez, el hijo podia intentar una accion contra él como su padre, fundándose tambien en el mismo principio las reclamaciones de la madre. La necesidad obligaba á adoptar esta medida como el solo medio de resolver dificultades, pero es preciso no formarnos ilusiones y creer que habia aquí analogía verdadera con el derecho romano. La presuncion de este derecho descansa sobre la dignidad del matrimonio, cuya santidad cubre todos los acontecimientos llevados á cabo bajo su imperio. Mas cuando se estableció una relacion de causalidad entre el hecho de la cohabita-

cion y la preñez llegada á los 180 ó 300 dias despues, la presuncion tiene un carácter muy diferente. Llevada á sus últimas consecuencias, no es ni aun sostenible, porque implica que un niño puede haber sido engendrado por muchos padres (nota *d*). Se hace, pues, preciso reconocer que esta presuncion es arbitraria, pero exijida como necesaria. La segunda cuestion versa sobre el modo como el mismo punto ha sido tratado en las legislaciones modernas. La mayoría de ellas adoptan la presuncion del derecho romano, salvo algunas modificaciones.

La ley francesa siguió muy de cerca la ley romana, estableciendo la presuncion á contar desde el 181 dias hasta el 300, y no admitia contra ella mas que la prueba de una imposibilidad física. El marido no puede rechazar al hijo nacido antes del dia 181 del matrimonio, cuando su reconocimiento depende de ciertos hechos (art. 312, 315). La investigacion de la paternidad está además prohibida para los hijos naturales.

El Código austriaco estableció la presuncion del derecho romano entre el sexto y décimo mes sin añadir, no obstante estar en su espíritu, que la presuncion no cede á no ser ante la prueba de la imposibilidad física. En el caso en el cual el nacimiento es anterior ó posterior al término legal, ordena se tome parecer de los médicos y se les oiga acerca de la legitimidad (§ 138, 155, 157). Idéntica presuncion es válida para los hijos naturales, cuando el nacimiento ha tenido lugar entre el sexto y décimo mes despues de probada la cohabitacion (§ 163).

El Código prusiano es el que más se aleja del derecho romano; pero en cuanto á su disposicion principal, esta desviacion parece resultar de una falsa interpretacion de aquel derecho. Presúmese legítimo al hijo *si nace ó es concebido dentro del matrimonio* (II, 2, § 1); así, la presuncion se aplica igualmente al hijo que nace al mes, como al que viene á la luz á los nueve meses de verificado el matrimonio (*a*), cediendo solo

(*a*) Tal es la opinion del legislador, y se funda sobre un principio de derecho romano mal comprendido; pudiéndose juzgar así por esta nota de Suarez, vol. 80, f. 81 de los materiales: «La regla pater est quem justæ nuptiæ demonstrant se aplica lo mismo cuando el hijo nace veinte y cuatro horas, que seis meses despues del matrimonio.» Sin embargo, la expresion empleada al fin del § 2 está mal escojida, porque el marido puede oponer á esta presuncion la prueba de que «en el intervalo trascurrido entre los 202 y 302 dias antes del nacimiento del hijo no habia vivido maritalmente con su mujer.» Si pues el hijo nace «veinte y cuatro horas despues de la celebracion del matrimonio,» el marido no puede haber vivido *maritalmente* con su mujer 202 dias antes de la fecha del acto bautismal. Pero se entiende y se queria decir, si durante este intervalo no ha habido cohabitacion. Podria intentarse justificar al legislador diciendo que si el nacimiento ha tenido lugar poco tiempo despues del matrimonio, el marido ha conocido necesariamente la preñez de su mujer, y desde este momento reconoce la paternidad. Pero esta presuncion no es siempro admisible, y se citan ejemplos de groseras falsificaciones: el error se concibe fácilmente si el nacimiento no ha tenido lugar sino cinco ó seis meses despues de celebrado el matrimonio.

á la prueba de que despues de los 302 dias, hasta los 202 antes del nacimiento, el marido no ha tenido con la mujer relacion alguna conyugal, y por tanto, que supone la imposibilidad de la cohabitacion (ib., § 2, 6). Si el hijo nace despues de muerto el marido, puede oponerse el parecer de los facultativos á la presuncion de los 302 dias (§ 21).

En el caso de dos matrimonios contraidos mediando un corto intervalo, se sigue la regla de los 270 dias (§ 22, 23). Respecto á los hijos naturales, hay presunciones de paternidad cuando la cohabitacion ha tenido lugar entre los 285 dias antes del nacimiento; aun en el caso en que la cohabitacion es posterior á los 210 dias, la paternidad puede ser admitida, segun el dictámen de los médicos (II, 1, § 1077, 1078).

APÉNDICE IV.

DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR LOS ESCLAVOS ROMANOS.

(§ LXV, nota *a*, pág. 293).

Cuando un esclavo romano verificaba actos que, cometidos por un hombre libre, habrian dado lugar al nacimiento de obligaciones, era muy cuestionable la eficacia de aquellos actos en tanto que concurrian circunstancias diferentes, ó lo que es lo mismo, durante la esclavitud y despues de la manumision. En el primer caso, la existencia de la *civiles obligatio* no se concebia, porque siendo el esclavo incapaz para comparecer en justicia, ya como demandante, ya como demandado esto no era posible; pero sí se concebia una *naturalis obligatio*. Para determinar cuáles eran en la materia los principios del derecho romano, se hace indispensable resolver dos cuestiones fundamentales, á saber: ¿Podia el esclavo adquirir créditos? ¿Podia contraer deudas? O en otros términos: ¿Podia ser el esclavo acreedor ó deudor respectivamente?

I. Créditos de los esclavos. En principio, el esclavo adquiria siempre y necesariamente, por sus actos jurídicos, para su señor, y por tanto, ninguna adquisicion descansaba personalmente sobre él: la causa de esta incapacidad se aplicaba igualmente á la *naturalis* (*a*), como á la *civilis obligatio*. Pero allí en donde dicho motivo no existe, el esclavo puede excepcionalmente llegar á ser acreedor; excepcion que tiene lugar desde luego para el esclavo sin señor, y además para todos los contratos celebrados entre el esclavo y el señor mismo, porque

(*a*) Algunos textos podrian hacer que nacieran dudas sobre la parte de la regla relativa á la *naturalis obligatio*: daré, sin embargo, su explicacion en la nota *h*.

éste, siendo deudor, no ha de ser acreedor al propio tiempo. En estos dos casos el esclavo adquiria una *naturalis obligatio*, que permanecia con este carácter aun despues de la manumision, sin cambiar nunca en *civilis obligatio*. De ambas excepciones la segunda es la única de la cual conservamos la prueba; en cuanto á la primera resulta evidente del conjunto de los principios sobre la materia. Citemos ahora los textos relativos tanto á la regla como á la excepcion.

La regla no se encuentra expresada sino en un texto que hace aplicacion á una especie notable, y es la L. 7, § 18, de pactis (II, 14). Un esclavo habia sido manumitido é instituido heredero bajo condicion por testamento. Durante la esclavitud, porque todavía no se habia cumplido la condicion, establece un acuerdo con los acreedores del difunto: una vez cumplida la condicion, manumitido el esclavo y heredero, ¿puede oponer á los acreedores la *exceptio pacti* resultante de este contrato? Ulpiano asegura que no, fundándose en el motivo siguiente: «Quonian non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem quod in pacti exceptione admittendum est.» Aquí vemos nuestra regla formalmente asentada y aplicada á la adquisicion de una simple excepcion resultado de una *naturalis obligatio*. Pero despues viene una explicacion notable que conduce á un resultado de todo punto contrario: el esclavo hecho libre obtiene su objeto bajo la forma de la *doli exceptio*. Lo cual se confirma con el ejemplo del hijo de familia que, viviendo su padre, habia hecho una convencion con los acreedores de éste, y despues, una vez heredero, puede oponerse á los acreedores no por la *exceptio pacti*, sino por la *doli exceptio*. «Idem probat, et si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit: nam et huic doli exceptionem profuturam.» Se ve por lo que precede, que el esclavo tiene la *doli exceptio*, aun cuando hubiera contratado viviendo su señor, aprovechando con mayor motivo la excepcion cuando el contrato se hizo despues de la muerte de aquel, pero antes del cumplimiento de la condicion impuesta á la manumision y á la institucion del heredero (*a*).

(*a*) Tal es el caso expresado al principio del texto y sobre el cual gira toda la discusion de Ulpiano: «Sed si servus sit, qui paciscitur priusquam libertatem et hereditatem adipiscatur. quia sub conditione heres scriptus fuerat, non profuturum pactum Vindius scribit.» (La libertad era igualmente condicional, porque más lejos se lee: «Sed si quis, ut supra retulimus, in servitute pactus est.)» ¡Pero como el esclavo instituido heredero condicionalmente, si lo es *ex asse* se le considera algunas veces como sin dueño, podria preguntarse si este caso no estaba en la excepcion que establece el texto, y segun la cual el esclavo sin señor tiene capacidad para ser acreedor. A esto cabe responder: 1.º, que Ulpiano no dice que el esclavo haya sido instituido *ex asse*; pero que si tenía por coheredero á un hombre libre, éste era, durante el intervalo, el señor verdadero y actual del esclavo; y 2.º, que aun cuando

En la *exceptio doli* admitida por el jurisconsulto es necesario no ver una derogacion, á mi juicio, ó una excepcion al ménos á la regla. En efecto, la sola base de la *pacti exceptio* es el *pactum* hecho durante la esclavitud, y esto no debe producir consecuencias porque segun la regla el esclavo no puede adquirir obligaciones. Si, pues, la *doli exceptio* descansa sobre un hecho cumplido en la época del contrato, es decir, durante la esclavitud, la *doli exceptio* seria igualmente inadmisible, porque el esclavo no podia entonces adquirir un derecho unido á una *doli obligatio* más que cualquiera otra relacion jurídica. Pero lo que da lugar á la excepcion es la mala fé del acreedor, quien despues de haber consentido en una reduccion de su crédito lo reclama por entero. Además, este hecho tiene efecto en una época en que el esclavo, libre ya, es capaz de adquirir toda suerte de obligaciones, y de aquí que el antiguo contrato fuese nulo en derecho positivo á causa de la incapacidad del esclavo, pues la mala fé en sí misma, es decir, el acto inmoral no subsiste ménos.

He dicho que el esclavo adquiere una *naturalis obligatio* cuando el deudor es el señor mismo; pues bien, esta excepcion se nos presenta bajo una doble faz y tiene importantes aplicaciones. Desde luego, mientras no se destruye la esclavitud frente á acreedores extraños cuando se trata de determinar la entidad del peculio, segun una regla comun á los hijos y á los esclavos, se imputaban sobre el peculio las deudas del señor con el esclavo y se deducian las deudas del esclavo con el señor (*a*). Aquí, pues, las obligaciones recíprocas se consideraban como perfectamente válidas, pero á título de *naturales obligationes*, y el peculio valuado como si estas deudas hubieran sido pagadas en el acto. La arbitrariedad del señor se reducia desde entonces necesariamente, y en cuanto á la existencia y validez de las deudas, se seguian las reglas ordinarias del derecho civil (*b*). Despues de la manumision, la excepcion produce sus efectos, porque el señor no puede reclamar como *indebitum* la suma pagada por él, aun en el caso de que se hubiera

---

el esclavo hubiese sido instituido *ex asse*, se podria todavía considerar, durante el intervalo la sucesion misma como señora del esclavo, segun lo que he dicho hablando de las personas jurídicas (§ 102).

(*a*) L. 5, § 4; L. 9, § 2 de peculio (XV, I). Es una aplicacion de esta *deductio* al *filiusfamilias* que forma el principio de una ley célebre, la *frater á fratre* (L. 38 de cond. ind. XII, 6).—Independientemente de la *actio de peculio*, la L. 3. § 2, de statu lib. (XL, 7) nos ofrece otro ejemplo en el pago de la suma que el *statuliber* ha acumulado á su peculio á fin de obtener la libertad.

(*b*) L. 4, 9, § 2, de peculio (XV, 1). «Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, *ex causa civili computandum est:* ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa præcesserat debendi, *nuda ratio non facit eum debitorem.*»

equivocado sobre la naturaleza de su deuda (*a*). No habia aquí sino un contrato, en caso análogo nulo absolutamente: la venta hecha por el señor á su esclavo (*b*). Porque teniendo siempre toda venta de una cosa por fin la tradicion, y hecha ésta al esclavo no constituia derechos mas que para el señor, hubiera resultado como si el dueño se vendiese á sí propio una cosa, lo cual contradice ciertamente la naturaleza de la venta (*c*).

II. Deudas de los esclavos. No se presenta aquí la misma dificultad que para los créditos, porque el esclavo podia enriquecer á su señor, pero no empobrecerlo. Desde el momento en que existia este principio, las deudas no llegaban hasta el señor, fuera de ciertos casos especiales, por ejemplo, el de un peculio confiado á la administracion del esclavo. Así es que éste contraia válidamente deudas respecto á su señor como respecto á los extraños; pero su obligacion era siempre una *naturalis obligatio*, que conservaba su carácter aun despues de la manumision (*d*).

(*a*) L. 64 de cond. indeb. (XII, 6). «Si, quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans et aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum.» L. 14, de O. et A. (XLIV, 7). «Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittuntur obligati remanent: *Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.* Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. Las palabras *et obligant* del texto, segun los motivos del mismo, son correlativas á las de *et obligantur*, y se refieren únicamente á los créditos contra el propio señor del esclavo y no contra toda otra persona (nota *a*): del mismo modo, en el ejemplo referido al final, despues de las palabras *si servo*, es necesario sobreentender *meo*. Las L. 18, 19, 32 y 35 disolut. (XLVI, 3) deciden que el deudor queda libre cuando verifica el pago á un manumitido cuya manumision ignoraba...; pero no tocan á nuestro propósito. La validez del pago no procede de una *naturalis obligatio* respecto al manumitido, sino de que el deudor estaba autorizado á creer, segun las circunstancias, qne el manumitido recibia en cualidad de esclavo y segun las órdenes del verdadero y solo acreedor. Zimmern Rechtsgeschichte, I, 183, p 673, se equivoca acerca de este punto. (Véase nota *a*.)

(*b*) L. 14, § 3 de in diem addict. (XVIII, 2).

(*c*) L. 16, pr. de contr. emt. (XVIII 1). «Suæ rei emtio non valet.... nulla obligatio fuit.» L. 45, pr. de R. J. (L. 17).—Considerado bajo otro aspecto, el contrato seria aun nulo, porque nadie puede venderse á sí mismo, y esta regla anularia la venta si, por azar, el señor que vendia no era propietario de la cosa. L. 10, C. de distr. pig. (VIII, 28). Comp. Paulo, II, 13, § 3, 4.

(*d*) L. 17, de O. et A. (XLIV, 7), (nota *e*).—L. 1, § 18, de pos. (XVI, 3). Segun las expresiones literales de muchos textos, se podria creer que no habia para el esclavo obligacion, *obligatio*, ni aun *naturalis*. § 6, J. de inut. stip. (III. 19). § 6, J. de nox. act. (IV, 8). L. 43, de O. et A. (XLIV, 7). L. 22, pr. de R. J. (L. 17). Estos textos es necesario entenderlos así: se toman frecuentemente las *naturales obligationes* en el sentido de obligaciones impropiamente dichas, y cuando existen solas,

Si pues el esclavo se hacia deudor del señor, su deuda daba lugar á la *deductio* sobre el peculio, del cual ya he hablado, observándose las mismas reglas que en el caso inverso (notas *c*, *d*).

Idéntico principio rije en las obligaciones contraidas por el esclavo con un extraño, principio que encontramos aplicado y confirmado en muchos textos. Si el esclavo firma un contrato no puede intentarse accion contra él por efecto del mismo, ni aun despues de su manumision (*a*). Pero sus deudas anteriores ó posteriores á la manumision son válidas, en tanto que, una vez pagadas, no podian pedirse por la *condictio indebiti*, debiéndose servir para su seguridad de una caucion ó de una prenda (*b*). Si el esclavo, al ser libre, las reconocia (ex promittit), este reconocimiento no es considerado como una donacion, y sí como el pago de una deuda (*c*).

Quizá se pregunte por algunos por qué motivo despues de la manumision quedan *naturales* las deudas del esclavo y no dan lugar á una accion: hé aquí la causa. Careciendo el esclavo de capacidad para la propiedad, las deudas que contraia se referian necesariamente á los bienes de su señor; y si más tarde estas deudas hubiesen dado lugar á una accion contra él, habria estado libre del pago, en tanto que una *naturalis obligatio* rara vez producia consecuencias perjudiciales. El mismo principio explica tambien muchos casos excepcionales en que el manumitido podia ser perseguido por una accion, en virtud de las deudas contraidas por él cuando era esclavo. Citaré desde luego la *actio depositi*, que se daba contra el liberto si estaba en posesion de la cosa (*d*), porque nada existia, en efecto, en su antigua incapacidad para

---

se considera que no hay allí *obligatio*. L. 77, § 2, de pactis (II, 14). L. 16, § 4, de fidej. (XLVI, 3). *Obligatio* seria entonces sinónima de algo que daba lugar á una accion.

(*a*) Paulo II, 13, § 9; L. 1, 2, C. an servus (IV, 14).

(*b*) L. 13, pr. de cond. indeb. (XII, 6). «Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo si quis nomine ejus solvat, ve ipse manumissus, vel (ut Pomponius scribit) ex peculio cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur: et pignus pro eo datum tenebitur; et si servus, qui peculii administrationem habet rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pignoratitia, reddenda est.» La lectura seguida aquí «vel (ut Pomponius scribit),» es la de Haloander; la de la vulgata «ut Pomponius scribit, vel ex peculio» ofrece tambiem un buen sentido. Ambas designan casos diferentes: Uno en que el esclavo pague despues de su emancipacion; otro en que lo hace siendo esclavo con el dinero del peculio, cuya administracion tiene, porque de otro modo el señor podria, por lo menos, revindicar el dinero. La interpretacion del manuscrito de Florencia, en donde la supresion de ambos *vel* reunió de un modo impropio los dos casos en uno solo, es de todo punto inadmisible.—Cmp. L. 21, § 2, de act. emti (XIX, 1). L. 21, § 2, de fidej. (XLVI, 1). L. 84, de solut. (XLVI, 3).

(*c*) L. 19, § 4, de donat. (XXXIX, 5).

(*d*) L. 21, depositis (XVI, 3). Acerca del fundamento de esta excepcion, véase § 74, *r*.

rehusar la restitucion prometida. La segunda excepcion se refiere á la *actio mandati* et *negotiorum gestorum*, cuando un negocio comenzado durante la esclavitud y continuado despues de la manumision era de tal naturaleza, que no podian distinguirse en la demanda los hechos del esclavo de los del libertino (*a*). La tercera excepcion es más frecuente é importante: el esclavo podia ser perseguido á causa de un delito cometido por él durante la esclavitud (*b*). A diferencia de lo que acontecia en el contrato que se presume verificado en la administracion de los negocios de su señor, el delito resulta únicamente de la inmoralidad del esclavo, debiendo por ello ser sometido á los tribunales desde el momento en que se hace acreedor por su conducta á un castigo. Unese á esta consideracion otra deducida del principio de la accion noxal, y es que todo delito cometido por el esclavo daba lugar á una accion noxal contra su señor. En caso de que cambiara de dueño, la accion se dirigia contra el nuevo señor (noxa caput sequitur), extinguiéndose tan solo cuando el esclavo era abandonado ó vendido al que fué víctima del delito (*c*). Era, pues, consecuente dar una accion contra el mismo manumitido, convertido en señor de sí mismo; este principio lo vemos aplicado al robo cometido por un esclavo. Despues de salir de la esclavitud se da contra él la *actio furti*, pero no la *condictio furtiva*, porque la primera procede sola del delito, mientras que la segunda resulta principalmente de la posesion injusta de la cosa; posesion que, de otra parte, nunca pudo ser atribuida al esclavo (*d*). El robo cometido en perjuicio del señor mismo, presenta una excepcion muy notable en sentido inverso; no da nacimiento á ninguna obligacion, y por consiguiente á ninguna accion despues de la libertad (*e*). El señor tiene, sin duda, para castigar los delitos de su esclavo medios más eficaces que los que le hubiese ofrecido el derecho de obligaciones.

Los principios que acabo de exponer sufren una excepcion muy notable, cuya fecha no parece tan antigua. Si el esclavo prometia dinero al señor para conseguir su libertad, y luego se negaba á su entrega,

---

(*a*) L. 17 de neg. gestis (III, 5).—Sobre el principio de esta excepcion, véase § 74, *i*.

(*b*) L. 14, de O. et A. (nota *e*). L. 1, § 18, depositi (XVI, 3). L. 4, C. an servus (IV, 14). L. 7, § 8, de dolo (IV, 3). La excepcion se limitaba rigurosamente á los delitos, de modo que aun en el caso de *dolus*, la accion resultante del contrato no podia intentarse contra el manumitido.

(*c*) § 5, J. de noxact. (IV, 8). L. 20, 37, 38, § 1; L. 42, § 2; L. 43 de nox. act. (IX, 4).

(*d*) L. 15, de cond. furt. (XIII, 1).

(*e*) § 16, J. de nox. act. (IV, 8). L. 6, C. an servus (IV, 14).

se concedia al señor una *actio in factum* (a). Seguramente se consideraba esto como un contrato innominado, bajo la forma *facio ut des*, omitiendo la circunstancia de haberse realizado durante la esclavitud.

(*a*) L. 3, C. an servus (IV, 14).—Ulpiano, sin embargo, no admite la posibilidad de esta accion, no concediéndole sino contra la caucion en virtud de la *naturalis obligatio*. L. 7, § 8, de dolo (IV, 3).

APÉNDICE V.

SOBRE LA CAPACIDAD DE LA FILIÆ FAMILIAS PARA CONTRAER DEUDAS.

(§ LXVII).

Ocupándose Ulpiano de las mujeres, dice que no pueden contraer deudas sin la *auctoritas* de su tutor, y Gayo confirma su testimonio (*a*). Cujas concluye de aquí que las hijas bajo la autoridad del padre están incapacitadas en absoluto para contraer deudas, pues no pudiendo autorizarlas el padre, el recurso de la *auctoritas* no existia nunca para ellas (*b*). Esta doctrina parece confirmada por analogía con lo que sucede al impúbero, que puede igualmente contraer deudas con la *auctoritas* de su tutor; pero no le estaba permitido hacerlo bajo el poder patrio, que no admitia la *auctoritas* (*c*).

(*a*) Ulpiano XI, § 27. «Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege aut legitimo judicio agant, *si se obligant*, etc.» Se hallan los mismos principios en Gayo III, § 107; I, 192.

(*b*) Cujas, obs., VII, 2, no habla expresamente sino de la mujer casada *in manu*, y esto se explica por qué él tenia presente comentar la L. 2, § 2, de cap. min. (IV, 5). (Cmp., § 70, nota *q*). Pero el derecho de la mujer casada *in manu* era absolutamente el mismo que el de la *filiafamilias*, y por tanto, la doctrina de Cujas se aplica lo mismo á un caso que á otro, siendo todo cuanto dice de la mujer *in manu* enteramente verdadero en cuanto á la hija bajo el poder patrio.

(*c*) L. 141, § 2, de V. O. (XLV, 1). «Pupillus, licet ex quo fari cœperit recte stipulari potest, *tamen, si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur*; pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus idem et in filiafamilias impubere dicendum est.»

Sin embargo, la analogía pierde su fuerza si se la examina atentamente. Siendo por razon natural incapaz el impúbero para todo acto jurídico que pudiera empobrecerlo, la *auctoritas* del tutor remediaba artificialmente la incapacidad primitiva, bien que solo sucedia así allí donde la necesidad era sentida. Además, dicha necesidad surje para el impúbero que es propietario, y puede desde este momento encontrarse en el caso de contraer deudas; pero mientras está bajo la patria potestad, como carece de propiedad, la necesidad no existe nunca para él ni se encuentra en el caso de poner remedios artificiales á su incapacidad natural.

No sucede lo mismo con las mujeres púberes, quienes siendo incapaces para muchos actos, lo eran por una especie de incapacidad artificial, creada no en su beneficio propio, sino en el interés exclusivo de sus agnados ó patronos, con el fin de permitirles evitar en la mayoría de los casos la pérdida ó disminucion de la sucesion *ab intestato*, que debia llegar á ellos algun dia (*a*). En tanto que continuaban bajo el poder del padre no tenian objeto tales restricciones, ni habia razon alguna para modificar el estado natural de las cosas, segun el cual las hijas púberes podian contraer deudas lo mismo que los hijos púberos.

Un autor moderno presenta bajo un punto de vista particular la opinion de Cujas, distinguiendo las obligaciones rigurosas del derecho civil de las obligaciones que no lo son tanto, estando solo unidas á la necesidad de la *auctoritas* las primeras, y por consiguiente siendo imposibles bajo el imperio de la potestad patria (*b*). Pero Gayo y Ulpiano hablan de obligaciones en general, sin decir ni una palabra que justifique la distincion, extraña además á la naturaleza y á los fines de la tutela del sexo. Y así debia ser, pues las deudas de la mujer, resultado de un empréstito ó de un contrato de venta, no eran menos peligrosas para la sucesion futura del agnado que las que procedian de una estipulacion (*c*). Creo, pues, que las mujeres independientes tenian necesi-

---

(*a*) Gayo I, § 190, 192. Segun su exposicion, se ve claramente que el único fin de la tutela de las mujeres era en realidad el interés de los agnados y patronos, y que las otras clases de tutela de este género que se crearon deben considerarse como complemento ó modificacion de estos dos casos (de la *legitima tutela*).

(*b*) Rudorff. Vormundschaftsrecht, vol. I, p. 171; vol. II, p. 273, 274.

(*c*) Podia dudarse de que la *auctoritas* fuese igualmente necesaria para toda clase de obligacion (rigurosas ó libres) segun un pasaje de Gayo (III, § 91), en donde hablando de la deuda que resulta de un *indebitum* recibido, dice: «*Quidam putant*, pupillam *aut mulierem*, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione;» sin embargo, él mismo se declara inmediatamente contra esta opinion. No se trataba de saber en qué clase debia, históricamente, ser incluida la obligacion; pero en general, la *auctoritas* estaba destinada á completar la voluntad, y en el caso

dad de la *auctoritas* para contraer una deuda cualquiera, sin consideracion á la distincion del antiguo *jus civile*, y que, por el contrario, las *filiæfamilias* podian siempre obligarse tan válidamente como los *filiifamilias*, es decir, cuando habian llegado á la edad de la pubertad. Si Ulpiano somete en el texto citado las obligaciones de las mujeres á la necesidad de la *auctoritas*, habla solo de las que tenian ó podian tener un tutor (*a*), en otros términos, de las mujeres independientes. Lejos de añadirse aquí esta restriccion debe sobreentenderse en todo el título XI, donde Ulpiano habla de los impúberos y de las mujeres, y si no la ha expresado formalmente ha sido porque por sí misma se comprendia.

Así se presenta la cuestion considerada en general; pero todavía ha de resultar más clara en sus aplicaciones particulares, en donde veremos si la obligacion de una *filiafamilias* es ó no posible. Deberíamos tener un gran número de textos para que la cuestion no hubiera sido nunca dudosa; pero su estrecha union con la tutela del sexo, caida en desuso desde el tiempo de Justiniano, decidió á los compiladores á omitir casi todos los pasajes de los antiguos jurisconsultos que habian tratado de este punto. Así no conocemos más que un solo caso en que la cuestion se plantee directamente, sin embargo de que, por fortuna, se hace de una manera tan explícita y clara, que él solo basta para desterrar toda incertidumbre. El senado consulto Macedoniano se ocupa del *filiusfamilias*, y se expresa, como de ordinario, en masculino (*b*). Ulpiano dice á propósito de él (*c*): «Hoc Sc. ad. filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse, nam et ei quoque, qui filiofamilias credidit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur: nec interest consumti sint numi, an exstent, in peculio. Multo igitur magis, severitate Sc., ejus contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit.» Si pues el préstamo de dinero hecho á una hija de familia entraba en la excepcion del senado consulto, era necesario que antes hubiere tenido una accion contra ella, y que, en general, la hija fuese capaz de contraer deudas.

---

del *indelitum*, la obligacion nacia no *ex voluntate*, sino *ex re*, lo cual constituia la dificultad. Este caso era indudable que, á causa de la *condictio*, debia ser considerado como de derecho extricto, y la estrecha relacion con el pupilo nos impide principalmente ver allí un princípio especial á la tutela de las mujeres.—Por lo demás, Justiniano en este caso particular ha adoptado la opinion contraria á Gayo, y suprimiendo el *quidam*. ha conservado el resto del texto, de tal suerte que no se encuentra en las Institutas la relacion de ideas que Gayo hace notar muy bien. § 1. J. quibus modis re (III, 14).

(*a*) Gayo III, § 108. «Idem juris est in feminis, *quæ in tutela sunt*.»

(*b*) L. I, pr. de Sc. Mac. (XIV, 6).

(*c*) L. 9. § 2, de Sc. Mac. (XIV, 6). Los mismos principios, salvo la diferencia de redaccion, se encuentran en los § 6, 7, J. quod cum eo (IV, 7).

El texto citado termina, á mi juicio, la cuestion; mas no quiero omitir ninguna de las objeciones que se le podrian oponer. Ante todo se diria que dicho texto no es de Ulpiano y sí de Triboniano, quien habria procurado no dejar rastro ni huella alguna de la tutela del sexo. Es evidente que nadie iria tan allá que se permitiese afirmar que en su totalidad era supuesto; pero sí que podia suceder que Ulpiano hubiese hablado expresamente de la excepcion del padre contra la *actio de peculio*, y los compiladores hubieran excluido la restriccion. Las Institutas (nota *i*) es verdad que dicen que la excepcion aprovecha á la hija como al padre; pero ellas son en su mayoría una obra nueva. La interpolacion tendria algun viso de probabilidad si nosotros supiésemos por otros testimonios que la hija por sí misma era incapaz de obligarse. Y como estos testimonios nos faltan y los principios generales favorecen la presuncion contraria, no es posible, sin violar las leyes de la crítica, admitir gratuitamente una interpolacion en un pasaje cuya autenticidad no parece sospechosa, solo por favorecer una opinion de antemano resuelta y que no descansa en la autoridad de ningun otro texto.

Tambien cabria decir que Ulpiano tenia presente á las mujeres, quienes por haber dado á luz tres hijos estaban exentas de tutela. Pero no hemos visto en ninguna parte la aplicacion del *jus liberorum* á las hijas bajo la potestad patria, porque para ellas no habria tenido sentido ni fin alguno. El *jus liberorum* daba á las mujeres independientes la capacidad de adquirir por diversos medios y la libre disposicion de sus bienes. De otra parte, la *filiafamilias* no podia nunca adquirir por sí misma ni disponer de sus bienes, de que carecia; este derecho se redujo al singular privilegio de tener deudas, capacidad que les rehusa la opinion contraria. Veamos rápidamente algunos textos relativos á la materia.

1. Vat. Fragm. § 99. «P. respondit: Filiamfamilias ex dotis dictione obligare non potuisse.» Se podria hallar en esto una simple aplicacion del principio general de la incapacidad para las deudas que entonces estaria confirmado. Pero si se considera que la *dotis dictio* era una institucion de naturaleza enteramente especial, reservada solo á la mujer, su deudor y á su padre y abuelo (*a*), se reconocerá el poco valor de la argumentacion que precede.

2. Las últimas palabras de la L. 14, 1, § 2, de V. O. (nota *c*), declaran incapaces de contraer deudas á la *filiafamilias impubes* y al *pupillus in parentis potestate*. Esta asimilacion no prueba aparentemente nada en cuanto á las mujeres púberes, de las que nos ocupamos aquí, pero añade á lo probable de la opinion que allí donde no habia lugar á la tutela del sexo, las hijas y los hijos estaban colocados en una misma línea. Un autor moderno ha pretendido que las últimas palabras de di-

(*a*) Ulpiano, VI, § 2.

cho texto estaban interpoladas, y que Gayo (el autor del fragmento) habia escrito: «Idem et in filiafamilias *pubere* dicendum est» (*a*). Así concebido, este texto estableceria directamente el sistema que combato, y si dicho sistema descansaba sobre otros testimonios, la rectificacion serviria para conciliar con ellos el fragmento de Gayo. Mas en la carencia de tales testimonios y ante los argumentos contrarios, no podríamos admitir desde luego gratuitamente una interpolacion en el texto de Gayo y despues invocar como testimonio histórico el texto así corregido.

3. L. 3, § 4, commodati (XIII, 6). «Si filiafamilias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. Sed et si ancillæ vel *filiæfamilias* commodaverit, *dumtaxat de peculio erit agendum.*» Este texto tiene principalmente por fin establecer que la *actio commodati* no tiene más extension contra el padre ó contra el señor que cualquiera otra y que siempre se refiere á un *peculium* anteriormente confiado al comodatario. Para el hijo observamos que puede ser perseguido personalmente; mas como para la hija no se repite la observacion, es dado inducir que no puede serlo del mismo modo. Sin embargo, es más sencillo y natural admitir que Ulpiano no ha reproducido su advertencia pensando que el lector la supliria por sí mismo. Si hubiese querido expresar un contraste, no habria seguramente empleado los mismos términos para el hijo que para la hija ni se habria limitado á indicar dicho contraste suprimiendo la observacion. En verdad que se puede decir que Ulpiano la habia expresado formalmente y que los compiladores han suprimido esta adicion relativa á la tutela de las mujeres; pero si los compiladores hubiesen encontrado esta adicion, no habria dado lugar de seguro á este equívoco, limitándose á suprimirlo, mientras que para establecer la igualdad entre ambos sexos les hubiera bastado repetir la observacion hecha por Ulpiano con motivo del hijo.

Cabe tambien considerar la doctrina que combato bajo otro aspecto, el de la persecucion ante los tribunales. Admitiéndola se diria que la *filiafamilias*, capaz de contraer deudas, no podia jamás ser perseguida en justicia, porque Ulpiano nos enseña que no se le permitia figurar sin su tutor en un *legitimum judicium* (nota *a*). Además, la *filiafamilias* no podia tener tutor.—Sobre este inconveniente del procedimiento haré algunas observaciones.

Del mismo modo que para las deudas, la necesidad de la *auctoritas*

(*a*) Rudorff, Vormundschaftsrecht, vol. I, p. 171. Hace notar muy especialmente que, en otro caso, estas últimas palabras de la *filiafamilias impubes* serian una adicion muy trivial. Con este argumento se podria disputar la autenticidad de una multitud de textos de las Pandectas, y por cierto sin razon. La L. 9, § 2 de Sc. Mc. que he citado en el texto, no estaria al abrigo de esta crítica.

concierne únicamente á las mujeres que tienen ó están en condiciones de tener un tutor, es decir, independientes, y no á las sometidas al poder paterno.

Los antiguos jurisconsultos no habrian nunca hablado de una incapacidad general de la mujer á propósito del *legitimum judicium*, porque en su tiempo se celebraban incomparablemente menos *legitima judicia* que *judicia quæ imperio continebantur*, y la regla de Ulpiano no se referia á estos últimos. Dicha clase de procedimiento comprendia todos los juicios fuera de Roma y de su territorio, y además una gran parte de los que tenian lugar en la ciudad (*a*). Tambien en un gran número de acciones era permitido á las partes dirijir el procedimiento de modo que se evitase el *legitimum judicium* (*b*), y así se habrian librado de una dificultad que se fundaba únicamente en la aplicacion rigurosa de tal forma de procedimiento.

Finalmente, Ulpiano no habla en realidad de las mujeres sino como demandantes y no como demandadas (si... *agant*, y no si conveniantur), y se concibe muy bien que les hubiera dejado menos libertad para incoar un proceso que para defenderse de una accion dirijida contra ellas, por ejemplo, con motivo de las deudas halladas en la herencia de su padre. Si pues la necesidad de la *auctoritas* no es imposible sino á la mujer demandante, no hay motivo alguno para rehusar á la *filiafamilias* la capacidad de defenderse de una accion. Aun suponiendo que las palabras *si agant* deben ser tomadas en un sentido más ámplio, y que se aplican igualmente á demandantes que á demandadas, siempre seria cierto se aplicarian á la primeras. Y si está establecido que desde el tiempo de los antiguos jurisconsultos las mujeres podian obrar demandando, la forma del *legitimum judicium* no les privaba el acceso á los tribunales, pudiéndose invocar este principio negativo contra los que sostienen la incapacidad de las mujeres para ser objeto de una accion.

Ahora, entre los antiguos jurisconsultos, ¿presentábase la *filiafamilias* efectivamente como demandante? De ordinario no, pero sí por un motivo que no era peculiar á su sexo y que estaba directamente fundado en el poder paterno, y por tanto, aplicable lo mismo al hijo que á la hija. En principio, ninguno de ellos figuran como demandantes, porque carecen de todo derecho que hacer valer en juicio y notablemente por lo que á la propiedad y á los creditos toca (§ 67). Sin embargo, podian por excepcion ejercitar ciertas acciones, y en casos excepcionales, la capacidad de la hija era tan extensa como la del hijo. Así vemos que, en determinadas circunstancias, el hijo ofendido puede intentar la accion de injuria en su nombre personal; en las mismas circunstancias, la hija

(*a*) Gayo IV, § 104 y 105.
(*b*) Gayo IV, § 163, 165.

tiene idéntico derecho (*a*). Así tambien, despues de la disolucion del matrimonio, la *filiafamilias* puede frecuentemente ejercitar la *dotis actio* sola y sin su padre (*b*). Si en estas dos acciones la forma de *legitimum judicium* no impedia á la hija obrar como demandante, tal forma no le impedia tampoco defenderse, y aun tenia bajo este aspecto una capacidad igual á la del hijo, es decir, una capacidad absoluta. Si en principio el hijo y la hija no podian obrar como demandantes, el motivo material que lo impedia no tenia ninguna influencia sobre su capacidad como demandados, porque podian contraer deudas y ser perseguidos con ocasion de ellas, como las personas independientes.

Para resumir brevemente esta discusion, diré que la pretendida distincion entre el hijo y la hija relativamente á la capacidad de las deudas descansa sobre un error, y que la hija podria contraer deudas tan válidamente como su hermano, sometido, como ella, al poder patrio.

(*a*) L. 8, pr. de procur. (III, 3). Acerca de este caso y el siguiente, véase el § 73.

(*b*) L. 8, pr. de procur. (III, 3). L. 22, § 4, 10, 11, sol matr. (XXXIV, 3).

APÉNDICE VI.

STATUS ET CAPITIS DEMINUTIO.

(§ LXIV-LXVIII).

I.

Una vez expuestas en el tratado las condiciones de la capacidad de derecho y sus diferentes grados (§ 64-67) en relacion con la teoría de la triple *capitis deminutio*, se ha visto que la mayoría de los autores modernos tienen acerca de esta materia principios doblemente distintos de los mios. Ante todo, en que admiten como una doctrina especial del *status*, que no encuentra lugar en mi exposicion, y además en cuanto dan otra definicion de la *minima capitis deminutio*, la cual tiende á modificar la naturaleza de la institucion en general. Comienzo, pues, por indicar los principales autores que se han ocupado de estas materias, con el objeto de poder citarles más fácilmente en el curso de esta disertacion.

Sobre el *status:*

Feuerbach. Civilistische Versuche, vol. I. Giessen, 1803 mun. 6 (p. 175-190). Löhr über den Status, Magazin für Rechtswissenschaft, vol. IV, n. 1 (p. 1-16), 1820.

Sobre la *capitis deminutio*:

Hotomanus, Comm. ad Inst. tit. de capitis deminutione (I, 16).

Conradi, parerga, p. 163-193 (1737).

Glück, Pandecten, vol. II, § 128 (1791).

Ducauroy, Thémis, vol. III, p. 190-184 (1821).

Zimmer Rechtsgeschichte, 1, 2, § 229 (1826).

Seckendorf, De capitis deminutione minima, Colon., 1828.

Niebuhr, Römische Geschichte, vol. I, p. 606 (4.ª ed.), vol. II, p. 460 (2.ª ed.) Aquí el asunto se considera con relacion á la antigua constitucion política, y no bajo el punto de vista de las fuentes del derecho.

II.

Veamos el resúmen de la teoría del *status*, generalmente adoptada por los autores modernos (*a*). Llámase *status* un modo de ser en virtud del cual un hombre goza de ciertos derechos. Hay dos especies: los unos naturales (*naturales*), y existen en gran número, tales como la distincion entre los hombres y las mujeres, las personas que tienen su cabal salud y los enfermos, etc.; y los otros morales ó jurídicos (*civiles*), que son precisamente tres: *status libertatis*, *civitatis*, *familiæ*. Muchos autores estiman la última especie como los *status principales*, ó propiamente dichos, de tal suerte, que los *status naturales* lo serian solo impropiamente hablando.

Examinaré desde luego el *status naturalis*. Para constituirlo se han querido reunir simplemente las particularidades del hombre, que bajo un mismo punto de vista, pueden ejercer sobre las materias del derecho influencias especiales; mas nunca autor alguno ha desenvuelto de una manera metódica y completa tal pensamiento (*b*). De idéntico modo es muy dudoso que esto contribuya á la claridad ó á la profundidad de una exposicion científica, pareciendo más conveniente distinguir las nociones con que de ordinario se expresa el nombre *status naturales*, y citar cada una de ellas en donde tuviesen un interés práctico, ó darlas todas por conocidas. Puesta así la cuestion, se veria que los partidarios mismos de la doctrina que rechazo no le asignaban fundamento alguno histórico, y que la dificultad versa, no sobre las ideas y las reglas del derecho, sino acerca de un método determinado de exposicion científica.

La crítica que podria dirigirse contra la definicion del *status* en su conjunto, tiene todavía mayor gravedad. Segun ella, la posesion de un derecho se considera como una cualidad del hombre, por ejemplo: el *status civitatis* abraza en sí la totalidad de los derechos pertene-

---

(*a*) Esta doctrina se desenvuelve en Höpfner, Comm. über die Institutionem, § 62 y cuadro VII, Cmp. Müllenbruch, § 182.

(*b*) Así, v. gr., en a enumeracion de los *status naturales*, seria necesario establecer distinciones, con relacion á la forma de los testamentos, entre los ciegos y los que tienen vista, los hombres que saben escribir y los que lo ignoran; con relacion á la prueba exigida para la cond. indebiti. L. 25, § 1. de prob. entre los *simplicitate gaudentes* y los *desidiæ dediti*. Finalmente, no se ve la razon de por qué se limita á la naturaleza humana la aplicacion de este principio. Muchas particularidades del reino animal y del vejetal, la diferencia entre el agua parada ó corriente, etc., tienen su influencia en las relaciones de derecho, y podrian figurar, por consiguiente, en los preliminares de la doctrina del *status*.

cientes al ciudadano. Pero si se acepta este principio, ¿por qué no seguir todas sus consecuencias? Porque los demás derechos pueden, del mismo modo que los del hombre libre y del ciudadano, estimarse como cualidades del que los posee (*a*). Admitido esto, tendríamos entonces un *status* de los esposos, del propietario, del usufructuario, del acreedor y del heredero; y la ciencia del derecho estaria toda ella contenida en la teoría del *status*. Traer de nuevo la teoría del *status* á la general del derecho, seria abandonarla enteramente como teoría especial é independiente. Vemos, pues, que la doctrina del *status* lógicamente es insostenible; á menos que, arrancando á la palabra *status* su sentido ordinario, no le atribuyéramos el de *capacidad jurídica*. Trataré de nuevo sobre este punto.

III.

Lo más importante es determinar el contenido de la doctrina de los *status* (*civiles*) y precisar las materias que abraza cada uno de los pretendidos *status*: en cuanto á los dos primeros no es difícil; *status libertatis* significa, se dice, la cualidad de hombre libre, y *status civitatis* la de ciudadano. Comprende el uno todos los derechos que pertenecen al hombre libre, y el otro todos aquellos de que goza el ciudadano, explicacion que parece tomarse de la denominacion misma, y sin embargo, ésta no es segura. En cuanto al *status familiæ*, como la palabra lo indica, no se presta á una determinacion tan directa, y existen dos grandes sistemas de interpretacion, de los cuales cada uno se subdivide á su vez en muchas ramas.

Considera el uno el *status familiæ* como la reunion de personas ligadas por el vínculo de la agnacion, es decir, la familia de los agnados, designando así el *status familiæ* de un indivíduo cualquiera la reunion total de sus agnados y el conjunto de derechos que se derivan de la agnacion. Lo que á primera vista sorprende es la ausencia total de relacion íntima entre este tercer *status* y los dos primeros, no comprendiéndose por qué esta relacion de derecho ha sido elegida para formar

---

(*a*) Höpfner rechaza débilmente esta objecion, diciendo (§ 62, nota *a*): «No se tiene costumbre de incluir la propiedad entre las cualidades del hombre.» Pero, ¿qué importa el lenguaje usual de la vida al jurisconsulto cuya mision se reduce á seguir invariable y lógicamente las consecuencias dentro del dominio de la ciencia?—No se combatiria mejor tampoco mi objecion diciendo que las materias más importantes habian sido admitidas en la teoría del *status*. El pupilo, por ejemplo, puede considerarse como necesitado de proteccion y como propietario de bienes. La primera de estas cualidades es solo estimada en la teoría del *status*, y atribuir á la segunda menor importancia, seria reconocer la inferioridad del fin con respecto á los medios.

un género al lado de los otros dos. La importancia de los derechos fundados en la agnacion no explica de ninguna manera la preferencia, pues sin duda que no se contestará existen derechos fundados en el matrimonio, la potestad patria y el patronato, y, sin embargo, el matrimonio, la patria potestad ni el patronato se han calificado de *status*. Se pretenderia vanamente huir de esta objecion, diciendo que el *status familiæ* significa menos la posicion en una familia determinada de agnados que la capacidad de la agnacion en general, porque esta capacidad se somete á las mismas condiciones del derecho de ciudad, no pudiendo constituir desde entonces un *status*, lo cual es diferente.

El otro sistema refiere el *status familiæ* á la division de los hombres en dependientes é independientes (§ 67). Así, determinar el *status familiæ* de un hombre consistia en decir si era *sui juris* ó *alieni juris*, y por tanto, se preven todas las dificultades que se levantarian contra el otro sistema: efectivamente, el tercer *status* tiene de comun con los dos primeros, que se refiere á la capacidad jurídica. Esta capacidad, en su plenitud, tiene tres condiciones: libertad, derecho de ciudad é independencia en el seno de la familia. En cuanto á esto no hay incertidumbre, y desde que es asi, tenemos en el tercer *status* la expresion exacta de dicha doctrina incontestable. El *status libertatis*, v. gr., no significa la libertad en sí misma, sino la capacidad determinada por ella, y no hay inconsecuencia en representar como *status* la libertad, el derecho de ciudad y la independencia en el seno de la familia, al mismo tiempo que se rehusa esta determinacion á la propiedad, el matrimonio y el derecho de sucesion; porque si la adquisicion de estos derechos tiene consecuencias importantes, no modifica, sin embargo, en nada la capacidad. De otra parte, la triple *capitis deminutio* se refiere á este sistema del modo más sencillo y natural. Cada *capitis deminutio* nos aparece como una degradacion en relacion con uno de los tres *status*, encontrando así una concordancia íntima en el lugar de las arbitrariedades é inconsecuencias del opuesto sistema.

No obstante, dicha afinidad íntima no tiene valor sino como argumento negativo. Toda doctrina contraria á la lógica está necesariamente condenada; pero una que lógicamente sea irreprensible, no por esto es históricamente verdadera, y veremos en la série de las presentes investigaciones, que el último sistema, si bien deducido rigurosamente, debe no obstante rechazarse.

IV.

Impresionado Hugo por los vicios de la doctrina ordinaria del *status*, no solo ha rechazado los tres *status*, sino que además niega á la palabra toda significacion técnica. Segun este escritor, *status* es sinónimo de *condictio*, y quiere decir estado, modo de ser, habiendo teni-

do los jurisconsultos, como con cualquiera otra palabra, ocasion de emplearla, pero sin que haya llegado á constituir por este hecho un término jurídico (*a*).

Hállanse efectivamente entre los jurisconsultos, como entre los autores ajenos al derecho, numerosos ejemplos del empleo de esta palabra en un sentido general y nada técnico, principalmente cuando no se refiere á las personas, bien que frecuentemente se puede sufrir error y referirse impropiamente á las personas, y con especialidad á los tres *status* antes definidos.

Cuando se habla, por ejemplo, de un *status facultatium* ó *peculii* (*b*), se significa evidentemente el estado de los bienes ó del peculio, su extension y su valor. Así, se hace figurar frecuentemente sin razon en la doctrina del *status* este texto de Ciceron (de legibus I, 7): «Agnationibus familiarum distinguuntur status;» es decir, una familia se compone precisamente de todas las personas unidas entre sí por los vínculos de la agnacion, de tal suerte, que ésta determine la extension, el número de miembros, la composicion (status) de cada familia. Confundir el *status familiarum* de Ciceron con el *status familiæ*, inventado por los jurisconsultos modernos, es engañarse por el parecido de las palabras, porque Ciceron toma *status* en el sentido de *status peculii*.

Citaré, finalmente, un texto del Digesto invocado muchas veces, si bien declarado siempre como oscuro ó mal interpretado; es la L. 5, § 1, 2, de extraord. cogn. (L. 13) «Existimatio est *dignitatis in læsæ status*... Minutur existimatio, quotiens manente libertate circa *statum dignitatis* pœna plectimur, sicuti cum relegatur quis vel cum ordine movetur, etc.» Segun el texto que precede, los autores modernos han hecho un *status existimationis*; literalmente no se encuentra mas que *status dignitatis*, pero en realidad, *status* tiene aquí una significacion general comun en los textos ya citados (*c*). *Dignitas* es la posicion exterior de un hombre, reflejo de su dignidad personal y á la que la opinion pública se une naturalmente (*d*); en tanto que el grado,

---

(*a*) Hugo, Rechtsgeschichte, 11.ª ed., p. 118.

(*b*) L. 2, § 1, 2, 3, ubi pupillus (XXVII, 2). Aquí las frases *modus vires* et *status facultatium* están tomadas indiferentemente una por otra, y es indudable que son sinónimas.—L. 32, § 1 de peculio (XV, 1). Se encuentra la indicacion de textos parecios en Brissonius V.º Status, núm. 2.

(*c*) Por esto es por lo que Brissonius, V.º Status coloca la L. 5 de extr. cogn. bajo el número dos, en donde pone el ejemplo de la palabra *status*, tomada en el sentido puramente de hecho. Acerca de la citada L. 5, véase tambien en el § 79, *a*.

(*d*) Esta significacion de la palabra *dignitas* resulta evidentemente del texto siguiente: L. 46, § 4, de leg. III (XXXII, 1). «Parvi autem refert, uxori an concubinæ quis leget, *quæ ejus causa emta parata sunt*: sane enim, nisi dignitate, nihil interest.» (Es decir, la *uxor* divi-

el estado de esta *dignitas* permanece intacto, gozamos de una *existimatio* pura y completa. La *existimatio* puede aumentarse ó disminuirse por ciertas penas, las cuales tienen por objeto precisamente rebajar nuestra dignidad, *dignitas* (quotiens *circa statum dignitatis* pœna plectimur); se limita por el destierro, privacion de un título honorífico (el de senador ó decurion), y por toda clase de infamia: finalmente, por los penas que quitan al condenado la libertad ó el derecho de ciudad. Véase desde luego que el *status dignitatis* de nuestro texto no tiene nada de comun con los tres *status*. Puesto que puede ser modificado, la libertad y el derecho de ciudad permanecen intactos, y difiere de estos dos *status*, sin tener ninguna conexion con el *status familiæ*. El carácter exclusivamente de hecho del *status dignitatis*, resaltará todavia más cuando me ocupe de demostrar que el verdadero *status* jurídico es opuesto en absoluto á toda *dignitas*.

V.

La explicacion que da Hugo de la palabra *status*, se encuentra, pues, confirmada por muchos textos; pero la extrema negándole toda otra significacion. Y, en efecto, debemos reconocer que allí en donde los antiguos jurisconsultos empleaban la palabra *status* como atributo de una persona, le dan un sentido técnico que se trata ahora de determinar y establecer. Entre los jurisconsultos romanos *status*, tomado en su significacion técnica, significa el lugar, la posicion de un hombre frente á otros. Además, como cada hombre sostiene dos clases de relaciones, unas públicas y privadas otras, se podrian distinguir dos especies de *status*; *publicus* et *privatus*. Esta fraseología es indudablemente latina, y si no la encontramos en los textos de los antiguos jurisconsultos que han llegado hasta nosotros, debe ser efecto de la casualidad, porque la idea que expresa es familiar á los romanos, y los diferentes casos del *status*, tomado en su sentido técnico, se incluyen bajo esta dos clases; solo que cuando los jurisconsultos romanos hablan de las dos especies de *status* en general, y quieren oponer la una ó la otra, lo hacen en términos ménos precisos y abstractos: *publica jura, civitatis jura*, por oposicion á los *privata hominis et familiæ jura (a)*.

---

de solo el rango y el estado del marido, cuya señal es la mejor y más segura para distinguirla de la concubina). L. 14, pr. de maner. (L. 4). «Honor municipalis est administratio reipublicæ cum dignitatis gradu.» (En efecto, hay funciones municipales que no confieren un rango nuevo á los que las desempeñan).

(a) L. 5, § 2, L. 6, de cap. minutis (IV, 5).

Una vez establecida esta division fundamental, debemos ver qué relacion de derecho abraza cada uno de los *status*.

El *status publicus* comprende, ante todo, la libertad y el derecho de ciudad como condiciones indispensables de la capacidad en el derecho público; y despues otras muchas materias, notándose entre ellas la posicion de senador, magistrado, caballero, *judex*, etc. Pero no debemos olvidar que tratamos aquí de los antiguos jurisconsultos, quienes consideraban naturalmente el asunto bajo el criterio de su ciencia; y como esta se limitaba al derecho privado y no era lo que hoy dia llamamos ciencia del derecho, se ocuparon únicamente de los estados personales del *status publicus* que influian en el derecho privado: además, la libertad y el derecho de ciudad eran los solos que tenian este carácter, porque eran indispensables para la capacidad en el derecho privado. Por esta razon es por lo que la libertad y el derecho de ciudad deben figurar como *status*, y no la posicion del magistrado, senador, caballero y *judex*. La distincion, bien que algo sutil, no solo podian hacerla los jurisconsultos romanos, sino que efectivamente la han hecho segun nos lo demuestra el testimonio de los textos.

L. 20, de statu homine (I, 15). «Qui furere cæpit, *et statum, et dignitatem*, in qua fuit, et magistratum (*a*), et potestatem videtur retinere, sicut rei suæ dominium retinet.» § 5. J, de cap. demin. (I, 16). «Quibus autem *dignitas magis, quan status* permutatur, capite non minuuntur: et ideo senatu motum capite non minui constat.»

En ambos textos, *status et dignitas* se oponen evidentemente entre sí y, sobre todo, la dignidad de senador se representa como cosa enteramente distinta del *status*. Dicha distincion se explica por el principio que he asentado, y lo justifica por completo: citaré tambien otro texto.

L. 6, C. ex quibus caus. inf. (II, 12): «Ad tempus in opus publicum damnati pristinum quidem *status retinent*, sed damno infamiæ post impletum tempus subjiciuntur.»

Compréndese que la infamia hiciera sufrir una modificacion profunda á la *dignitas*; la L. 5, § 2 de extr. cogn. lo dice expresamente: quita toda capacidad para recibir ningun honor de cargo público (*b*); pero no

---

(*a*) Podria objetarse que siendo una *dignitas* la magistratura, la conjuncion *et* en este texto no expresa diferencias; se podria aún ir más allá, porque al lado de la *magistratus* encontramos tambien una *potestas*. Hé aquí desde luego el encadenamiento de las ideas: la demencia no destruye el *status* ni la *dignitas*, que consiste algunas veces en una simple distincion honorífica; dejando subsistir, lo cual parece más extraordinario, la *dignitas* unida al ejercicio de una funcion pública (*magistratus*): finalmente, el poder privado, la potestad patria. Es evidente que habria sido fácil explicarse con más precision, y evitar así el equívoco que existe en el texto siguiente.

(*b*) L. 2, 1. de dign. (XII, 1), y otros muchos textos.

tiene influencia alguna sobre el *status*. Relativamente al *status libertatis* de la L. 5. de extr. cogn. (véase antes núm IV); esto acaba de probar que *status* no está tomado en su sentido técnico, sino en uno puramente de hecho.

Queda, pues, establecido que el *status publicus*, una vez admitida la frase, comprende la libertad y el derecho de ciudad; pero no otra cualquiera relacion personal en el derecho público.

VI.

Ahora bien, ¿cuáles son los relaciones personales comprendidas en el *status* privado? Si no consultáramos más que la analogía diríamos que únicamente abraza las que influyen sobre la capacidad; pero el motivo de esta restriccion en cuanto al *status publicus*, es sólo que pocas materias del derecho público interesan á la ciencia del derecho privado; además, tal motivo no existe aquí, porque todas las relaciones personales tienen directamente, y por su propia naturaleza, una significacion jurídica, y no á causa de su influencia sobre la capacidad de derecho. Así todas las relaciones de derecho privado que afectan á las personas consideradas como tales, es decir, todas las relaciones del derecho de familia (§ 53 y 55), pertenecen sin distincion al *status*. Comparado el *status publicus*, presenta una inconsecuencia aparente, pero fácil de explicar. Llamóse, pues, *status*, toda situacion del hombre en las diversas relaciones pertenecientes á la familia. Es evidente que los antiguos jurisconsultos podian adoptar este punto de vista; pero queda por resolver si lo adoptan en efecto ó no: para esto se hace indispensable exponer en su conjunto las aplicaciones de esta doctrina, si admitimos su certeza.

Hé aquí, en general, las relaciones que habrán sido reconocidas como *status*:

A. En derecho público:

1) Libertad.

2) Derecho de ciudad.

B. En derecho privado: todas la relaciones de familia, es decir, segun los párrafos 54 y 55).

1) Matrimonio.

2) Patria potestad.

3) Parentesco.

4) *Manus*.

5) *Servitus*.

6) *Patronatus*.

7) *Mancipii causa*.

8) *Tutela* et *curatio*.

En esta enumeracion, hipotética todavía, de todos los *status* posibles, hay uno que figura dos veces: la libertad, la no existencia de la esclavitud como condicion para participar del derecho público; la libertad opuesta á la esclavitud, considerada como una especie de dependencia privada ó doméstica y, por consecuencia, como una relacion de familia.

En este estado las cosas, era natural reconocer el predominio de uno ú otro punto de vista, y se reunian dos motivos para establecer el del *status* del derecho público sobre el del derecho privado: desde luego, la importancia, en general, superior del derecho público y, sobre todo, la consideracion de que la idea de la esclavitud (opuesta á la libertad), es más ámplia que la del poder doméstico sobre los esclavos (*dominica potestas*). La esclavitud abraza tambien á los esclavos sin señor (§ 55 ó § 65); la *dominica potestas* comprende solo los esclavos que caen bajo la propiedad determinada de un dueño. Así, la libertad con su opuesta la esclavitud, tiene el predominio como *status* de derecho público, porque destruye el sujeto; en tanto que, como *status* de derecho privado, lleva á una acepcion restringida é incompleta de la esclavitud. Volveré á ocuparme de esta observacion cuando hable de la *càpitis deminutio*.

VII.

Procuraré demostrar ahora como esta hipótesis es en realidad lo que los jurisconsultos romanos entendian por *status* en derecho privado: esto es, la situacion del indivíduo segun las diferentes especies de relaciones dentro de la familia.

Comienzo por las Instituciones de Gayo, como el monumento más puro y rico de la literatura jurídica romana que ha llegado hasta nosotros. Despues de una introduccion breve acerca de las fuentes del derecho, indica, en el § 8 del libro 1.° el contenido del derecho privado determinado por estas diversas fuentes, y del cual tratará en su obra: «De juris divisione. Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Sed prius videamus de personis.» Este *jus quod ad personas pertinet*, forma el asunto de su primer libro, y trata esta parte de la ciencia segun las tres divisiones de los hombres así expresadas:

§ 9. *De conditione hominum* (*a*) Et quidem summa divisio de

---

(*a*) He observado, sin embargo, que el escaso número de inscripciones que se encuentran en Gayo, no gozan de una autenticidad cierta.

jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

§ 10. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini.

§ 48. Sequitur *de jure personarum* alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam aliæno in juris, sunt subjectæ.

§ 49. Sed rursus earum personarum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, alieno in mancipio sunt.

§ 50. Videamus nunc de iis, quæ alieno juri subjectæ sunt: si cognoverimus, quæ istæ personæ sint, simul intelligemus, quæ sui juris sint.

§ 142. Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis..... quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur.

Hé aquí el pensamiento fundamental de estos diferentes textos. El *jus quod pertinet ad personas* determina la *conditio hominum*, ó como dice el texto, el *jus personarum*, esto es, la posicion del indíviduo segun ciertas relaciones. ¿Cuáles son ahora estas relaciones? Constituidas bajo las tres *divisiones*, se exponen despues de la introduccion tratándolas en el órden siguiente:

1) *Patronatus.* Llena este por entero la primera *divisio*, porque el contraste anunciado entre los hombres libres y los esclavos, lo es solo en la forma, y como medio de transicion para llegar á las diferentes materias del derecho de patronato. Ya indicada en el § 10, esta disposicion resalta por su ejecucion misma.

2) *Potestas dominorum* ó *servitus.*

3) *Patria potestas*, y (como base y condicion de este poder).

4) El matrimonio.

5) *Manus.*

6) *Mancipii causa.*

Los números 2 y 6 agotan la segunda division. *Tutela* et *curatio*, como contenido de la tercera *divisio.*

Segun lo que precede, vemos que Gayo presenta como materias del *jus personarum*, precisamente las mismas relaciones que en mi hipótesis constituian el *status* del derecho privado. Gayo omite una sola, el parentesco (la agnacion), siendo bastante singular que esta fuera la que tantos jurisconsultos modernos consideran como el único *status familœ.*

Lejos, no obstante, estamos de conceder nosotros gran importancia á esta omision, y de pensar que Gayo ó los jurisconsultos antiguos, en general, no hayan puesto la agnacion en la misma línea que estas otras relaciones. Solamente la agnacion no entraba en ninguna de las tres *divisiones* que le parecen tan adaptadas á la exposicion del *jus quod pertinet ad personas.* Demostraré dentro de poco (núm. IX), que los jurisconsultos romanos consideraban efectivamente el parentesco como *status.*

Las Instituciones de Justiniano siguen el mismo órden que las de Gayo, reproduciendo literalmente una gran parte de los textos que he citado. Tratan tambien del derecho de las personas, segun las tres divisiones de Gayo: solamente la primera *divisio*, titulada en Gayo *de conditione hominum*, se denomina en Jnstiniano *de jure personarum*. El emperador omite naturalmente, y esta observacion es mas importante, dos instituciones caidas en desuso entonces, la *Manus* y la *Mancipii causa*.

En el primer libro del Digesto, el título quinto tiene por epígrafe: De statu hominum. Su objeto es, sin duda, reproducir y desenvolver el pensamiento de Gayo, porque los fragmentos primero y tercero del título, son precisamente los párrafos 8 y 9 de Gayo. Entre los dos se encuentra otro (la L. 2), tomado de Hermogeniano, del que citaré la parte que hace referencia á nuestra investigacion: «Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit: primo *de personarum statu*.... dicemus.»

Hé aquí, finalmente, una definicion de la *minima capitis deminutio*, con la cual concuerdan literalmente muchos textos.

Ulpiano, XI, § 13. Minima capitis deminutio est, per quam, et civitate et libertate salva, *status dumtaxat hominis mutatur*, § 3. J. de cap. dem. (I, 16). Minima capitis deminutio est, cum civitas et libertas retinetur, *sed status hominis conmutatur*.

Este último texto es probablemente la repeticion literal del de Gayo (I, § 162), en donde las palabras importantes se hallan ilegibles.

VIII.

Voy á reasumir los principales puntos de la doctrina de los antiguos jurisconsultos, establecida por estos diversos testimonios.

1) El *jus quod pertinet ad personas* abraza el conjunto de todas las relaciones de familia.

2) Para designar la posicion concedida á cada indivíduo, segun estas diversas relaciones, se emplean muchas palabras de todo punto sinónimas:

Jus personarum (Gayo y Justiniano).

Personarum status (Hermogeniano).

Condictio hominum (Gayo, si se admite la autenticidad del epígrafe, véase VII, *a*).

Status hominum (Digesto).

Status hominis (Ulpiano, Justiniano y, probablemente, Gayo).

3) *Status hominum* ú *hominis* no significa, pues, un estado jurídico en general, sino el lugar que el indivíduo ocupa en la familia por oposicion al que tiene dentro del Estado. El *status hominis* constituye

la posicion del hombre (privata hominis et familiæ jure), puesta en paralelo con la del ciudadano (publica, civitatis jura).

4) En cada una de estas relaciones *status* no expresa una posicion elevada, sino una posicion en general, séalo ó no. Asi vemos que el esclavo tiene tambien un *status*, su estado de esclavo. Pero como solo entre todos no posee ningun derecho, y como su estado es puramente negativo, se le rehusa ordinariamente el *status* (*a*).

5) *Jus personarum* no designa una division de la ciencia, sino un cierto estado del individuo ó, para adoptar una locucion moderna, esta designacion se aplica al derecho en el sentido subjetivo, y no en el objetivo (§ 54, *d*, y § 59).

IX.

Pasando nuestra consideracion á las diferentes aplicaciones contenidas en las fuentes, me propongo confirmar ó hacer resaltar los principios que acabo ya de establecer, manteniéndolos contra objeciones infundadas. La aplicacion más frecuente de todas es la del *status quæstio*, *status causa*, *status controversia*.

Dichas expresiones se encuentran principalmente empleadas, cuando con motivo de una sucesion se niega al demandante su agnacion con el difunto *(b)*, circunstancia que es de notar bajo dos aspectos. Desde luego nos muestra que estas expresiones se aplican realmente á los testigos sobre la existencia de las relaciones de familia; y despues que los antiguos jurisconsultos consideraban el parentesco como *status* y, segun el contenido del libro primero de Gayo, esto podia ser dudoso (núm. VII).

De otra parte, es preciso reconocer, que en un número mucho más considerable de textos, las citadas expresiones se aplican á los litigios sobre la libertad ó la esclavitud, la ingenuidad ó la libertinidad, y cuando en las fuentes,no está determinado su sentido, debemos creer que, probablemente, el autor habia tenido presentes estos objetos. Esto es debido á una circunstancia puramente accidental: el parentesco es ménos frecuentemente objeto de litigio judicial que la libertad, explicándose fácilmente la diferencia. Desde luego, las relaciones de los hombres llamaban con frecuencia más la atencion que el parentesco natural de los esclavos verdaderos ó presuntos, pudiendo ser ménos fácilmente discutidas, y además, la trasmision de los esclavos por sucesion, su enagenacion y la perpetuidad de la esclavitud por la madre, daban lugar á numerosos procesos casi incompatibles con las relacio-

(*a*) L. 3, § 1, de cap. min. (IV, 5). Cmp. núm. XIII.
(*b*) L. 3, § 6 y 11; L. 6, § 3, de carbon. edicto (XXXVII, 10).

nes más individuales de la familia. Finalmente, los procesos sobre el parentesco figuraban ménos veces como cuestion principal, *status quæstio*, que como *incidens quæstio*, relativo á una peticion de herencia *(a)*.—Si no los encontramos nunca sobre el derecho de ciudad como *status quæstio*, es porque en materias parecidas la accion privada no se admite.

Se halla un ejemplo notable de la fraseología ordinaria en la siguiente regla tomada de un edicto de Nerva: «cinco años despues de la muerte de un hombre, nadie puede incoar una *status quæstio*» *(b)*. Segun la generalidad de las espresiones podria creerse que dicha regla se estendia á todas las controversias acerca de las relaciones de familia, por ejemplo, la cuestion de saber si una emancipacion era ó no válida: sin embargo, se reconocia que este caso no entraba en la regla *(c)*, y que ella se aplicaba únicamente á aquellas que versaban sobre la libertad ó ingenuidad del difunto (*d*): por esto en el edicto de Nerva, *status* significa *status* público, con exclusion del *status* privado.

A esta significacion limitada de la palabra, de la que se encuentran algunos ejemplos, se refiere un texto que ha sido objeto de una discusion muy viva. L. I, § 8, ad dc. Tert. (XXXVIII, 17). Capitis minutio, *salvo statu contingens*, liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem.... Proinde sive quis.... capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur: nisi magna capitis deminutio interveniat, quæ vel civitatem adimit, ut puta si deportetur.

Aquí Ulpiano distingue evidentemente, la *magna*, (es decir, la *maxima ó media*) de la *minima capitis deminutio* (§ 68, *d*), y llama á la última *salvo status contigens*, en tanto que otros textos dicen de ordinario, *salva civitate* (*e*). Emplea, pues, *status*, en el sentido limitado de *publicus status*, significacion usada tan solo cuando se trata de *quæstio*, y de la cual se encuentran, de otra parte, pocos ejemplos en el mismo Ulpiano; aquí como en otros muchos casos, la dificultad se limita á interpretar una expresion aislada, y el texto no tiene necesidad alguna de ser rectificado (*f*). Se halla tambien un ejemplo de

---

(*a*) Cmp. L. I. C. de ord. jud. (III, 8).

(*b*) Ne de statu defunctorun post quinquennium quæratur. Dig. XL, 15. Cod. VII, 21.

(*c*) L. 5. C. ne de status (VII, 21).

(*d*) Esta regla se aplicaba lo mismo á la ingenuidad y que á la libertad: así lo prueban las L. I, § 3, ne de statu (XL, 15). L. 6, 7, Cod. eod. (VII. 21); L. 6. C. ubi de statu (III, 22). En este último texto Justiniano abolió la regla relativamente á la ingenuidad.

(*e*) L. 2, pr.; L. 5, 2. de cap. min. (IV, 5); L. 2, de leg. tutor. (XXVI, *b*).

(*f*) Noodt, Observ, II, 21, propone corregir así el texto: Salvo statu *c*. contingens, es decir, Salvo statu civitatis contingens. Pero el sig-

dicho empleo de la palabra *status retinent*, quiere decir: «no pierden la libertad ni el derecho de ciudad.»

Se lee en muchos textos: *de status suo incerti dubitantes, errantes* (*a*). Estas frases se aplican sin duda ya á la libertad, ya á la independencia de la potestad patria, viniendo así á confirmar nuestros principios.

La aplicacion más frecuente de la palabra *status*, en la accepcion ámplia que le concedo, es la explicacion de *capitis deminutio*, por *status mutatio*; porque evidentemente *status* significa la libertad y el derecho de ciudad, tanto como las simples relaciones de familia. Profundizaré más sobre el asunto en el trascurso de esta discusion.

Conditio figura tambien como sinónimo de *status*, principalmente cuando se se trata del derecho de ciudad (*b*).

Por último, los textos siguientes justifican en apariencia la doctrina de los *status naturales*.

a) *Status œtatis*.

L. 77, § 14, de leg. 2, (XXXI, un). Quamquam igitur testamentum cautum esset, *set cum ad statum suum frater pervenisset, ei demum solveretur*, etc.

L. 5. C. quando dice (VI, 53). Ex his verbis: Do, lego Æliæ..... quæ legata accipere debebit *cum ad legitimum estatum pervenrit*, etc.

En dichos textos, *status suus* y *legitimus status*, significan la mayoría. Pero esto no es de ningun modo un sentido técnico, porque estas expresiones se emplean no por los jurisconsultos ó los emperadores, sino por los testadores, cuyo estilo, poco conforme al del derecho, embargaba frecuentemente hasta á los mismos antiguos jurisconsultos.

(*b*) *Status sexus*. En el título del Digesto de *statu hominum*, las L. 9 y 10 distinguen los hombres, las mujeres y los hermafroditas, y segun el epígrafe del título, se podria ver allí un *status*; pero no por el método que ha presidido á la relacion del Digesto; esta circunstancia no prueba nada. Suponiendo que los antiguos jurisconsultos hayan hablado á propósito de las relaciones de familia, de la distincion de los sexos, lo cual nada tiene de inverosímil, nunca la han puesto en la misma línea que las relaciones verdaderas de los derechos comprendidos bajo el nombre de *status*. Por lo demás, no se encuentra en estos dos textos más que *conditio feminarum*, cuya palabra, la primera. más frecuentemente todavía que la de *status*, es estimada en su sentido general, y puramente de hecho.

---

no c. no se toma nunca más que por *civitas*, pues no se pueden suponer fácilmente abreviaturas en el Digesto; finalmente, no se encuentra ningun ejemplo de status civitatis.

De otra parte no hay necesidad de corregir el texto.

(*a*) Ulpiano XX, § 11: L. 14, 15, qui test. (XXVIII. 1).

(*b*) Gayo I, § 68, Ulpiano V, § 8, VII, § 4.

X.

La investigacion que nos ocupa da hasta aquí los resultados siguientes, para el sentido general del *status*; en derecho público, *status* designa la libertad y el derecho de ciudad, en derecho privado todas las relaciones de familia.

Las diferentes especies comprendidas bajo este género, pueden coordinarse así:

I) Por cuanto toca á las ideas generales:

Status de derecho público (la libertad y el derecho de ciudad);

Status de derecho privado (todas las relaciones de familia).

II) Con respecto á la enumeracion de los diferentes casos;

Libertad;

Derecho de ciudad;

Familia (*status hominis*).

Observando siempre que la capacidad de estos tres casos es solo aparente, los dos primeros son en realidad relaciones simples; pero el tercero comprende bajo una expresion colectiva muchas relaciones simples, y por consecuencia muchos casos diferentes.

El derecho romano no estableció directamente ninguna de estas dos clasificaciones, pero hubo de reconocerlas ambas de una manera indirecta. A la primera se refieren las expresiones *magna (major)* et *minor capitis deminutio* (§ 68, *d*); á la segunda las frases mucho más usadas de *maxima*, *media*, *mínima capitis deminutio* (§ 68).

Ahora bien, ¿qué relacion existe entre estas dos clasificaciones y la doctrina de los tres *status* (números 11, III), adoptada por los jurisconsultos modernos? A primera vista se la podria pensar idéntica á la segunda clasificacion, pero nos engañaríamos cualquiera que fuese la explicacion de esta doctrina que adoptáramos (núm. 3), porque la familia de los agnados, que segun una de estas explicaciones constituye el *status familiæ*, no forma sino una tan sola de las numerosas relaciánes de de la familia; y si segun la otra explicacion, la division de los hombres en *sui juris* y *alieni juris*, ó el conjunto de las relaciones de dependencia, es más ámplia que la familia de los agnados, y por tanto más probable, excluye, no obstante, muchas ramas de la familia, príncipalmente la tutela, el patronato y el parentesco.

Podemos actualmente determinar en qué bases descansa, en derecho, la doctrina de los tres *status*.

Ante todo, se reconoce unánimemente que ningun texto antiguo habla de los tres *status*; silencio más de notar cuando se encuentra la triple *capitis deminutio*, mencionada con tanta frecuencia. Mas apenas si se hallan separados los nombres de los tres *status*, tan familiares á los jurisconsultos modernos. *Status civitatis* y *status familiæ* no exis-

ten en ninguna parte, y en cuanto al *status libertatis*, no lo he encontrado sino en un texto relativamente moderno, en una constitucion de Constantino (*a*); pero sin ninguna relacion con la idea verdadera del *status* y solo como una circunstancia ociosa y como simple equivalente de *libertas*.

Dos deducciones tomadas ingeniosamente de las fuentes han dado lugar, sin duda, á la doctrina de los tres *status*, prestándole una aparente justificacion. Veamos ahora su fundamento:

a). La triple *capitis deminutio*, unida á la definicion de la *capitis deminutio* como *status mutatio* y que se relaciona directamente con los tres *status*. Este punto lo discutiré despues al investigar cuál sea la verdadera naturaleza de la *capitis deminutio*.

b). El texto siguiente de Paulo:

L. 2, de cap. min. (IV, 5): «Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; *tria enim sunt, quœ habemus, libertatem, civitatem, familiam*, etc.»

Dejo tambien la discusion de este texto para el lugar en que me ocupe de la *capitis deminutio*; pero es seguro que todo lector exento de preocupaciones habrá notado que Paulo evita cuidadosamente la expresion *status*, sustituyéndola por una locucion singular y que no reponde á ningun sistema; *quœ habemus...* No se puede encontrar otr prueba más concluyente de que los romanos no conocian los tres *status*, al menos bajo esta denominacion, porque Paulo no habria dejado de emplear la frase técnica á no ser así, en vez de consignar una locucion hasta cierto punto censurable.

XI.

Hay en la doctrina de la triple *captis deminutio* (§ 68-70) muchos puntos muy sencillos, y que, por decirlo así, están sin resolver: tales son la naturaleza de la *maxima* y de la *media cap. dem.*, casos á los cuales se aplica y efectos que produce. Pero hay otros que tocan á las cuestiones más difíciles y controvertidas del antiguo derecho, y estos son de los que voy á ocuparme; trataré en ellos del sentido de la insti-

---

(*a*) L. 4. C. Th. ad Sc. Claud. (IV, 2) en Hœnel, p. 401: «Quæncunque mulierum... servi contubernio se miscuerit... *statum libertatis* amittat.» Se podria invocar tambien este pasaje de Suetonio, De illustr. Grammaticis, c. 21: «C. Mellissus ingenuus, sed ob discordiam parentum expositus... quanquam adserente matre, permansit tamen in *statu servitutis*: *præsentemque conditionem* veræ origini præposuit quare c'to manumissus... est.» Pero aquí, *status servituti* significa evidentemente la servidumbre de hecho fundada sobre un error, y así, *status* se toma en el sentido general y no técnico del cual he citado ejemplos en el núm. 4. El *status* real de Mellissus era el que resultaba de su *vera origo*.

tucion en general, de la definicion especial de la *capitis deminutio minima* y de algunas aplicaciones.

Los antiguos jurisconsultos están de acuerdo, salvo algunas diferencias de palabra, en presentar la *capitis deminutio* como una *status mutatio* (§ 68, *b*). Esta definicion nos lleva á recordar la idea general del *status*, de la cual hemos consignado tres explicaciones (números 3 y 4) más ó ménos diferentes. Todos convienen en reconocer que el *status* comprende la libertad y el derecho de ciudad, mas una tercer materia acerca de la que las opiniones no concuerdan. Por esto, para desarrollar la definicion de la *capitis deminutio*, es necesario decir que consiste en el cambio:

Sea de la libertad (*maxima*).

Sea del derecho de ciudad (*media*).

Sea de un tercer cambio sobre cuyo objeto varían las opiniones (*minima*).

Esta tercera materia, cuyo cambio entraña una *capitis deminutio* (*minima*), seria:

1) En un sistema, la familia de los agnados.

2) En otro, la independencia ó dependencia.

3) En alguno, finalmente, todas las relaciones de familia, lo cual abrazaria á un tiempo los cambios reconocidos por los dos primeros sistemas.

Contra tan diversas doctrinas se levanta una grave dificultad: todas hablan de un cambio en general, no de un cambio perjudicial, y de este modo no excluyen la modificacion en su sentido adverso, próspero y aun indiferente. Mas esta consecuencia necesaria de las definiciones propuestas se halla en contradiccion.

a). Con la frase *deminutio*, que precisamente significa disminucion, menoscabo, pérdida (*a*):

b). Con el lenguaje constantemente usado para ciertas aplicaciones particulares. Cuando, v. gr., un *peregrinus* ó un *latinus* obtenia el derecho de ciudad, este hecho constituia para él una importante *status mutatio*, beneficio al cual los romanos no hubieran llamado nunca *capitis deminutio*.

Respecto á los dos últimos sistemas, existe tambien una dificultad importante. La dependencia en el seno de la familia puede ser sustituida por la independencia á consecuencia de un acontecimiento natural, la muerte del padre; y como tal caso no podria pasar nunca por

---

(*a*) Noodt, Comm. Digesto IV, 5 responde á esta objecion, que *minuere* puede tener la significacion general de *mutare*. Pero la idea de disminucion ó de pérdida es inseparable de la palabra *minuere*, y si algunas veces parece sinónima de *mutare*, es precisamente al contrario, porque *mutare* admite la idea de pérdida. Cmp. Conradi parerga, p. 171.

una *capitis deminutio*, seria necesario añadir á la definicion, «cambio resultante de un acto jurídico, no de un acontecimiento natural.» Pero una vez destruida la primera dificultad, la segunda lo está igualmente, porque el cambio del cual hemos hablado es ventajoso, y en ningun caso un acontecimiento natural puede traer consigo un cambio perjudicial.

Segun lo que precede, se ve que en las tres explicaciones del *status*, la definicion debe ser completada así, Status mutatio in *deterius*. Pero la definicion, aunque incompleta, tiene su significacion y alcance: no habla sino de los cambios del *status*, y la pérdida de la simple *dignitas* se encuentra desde entonces excluida de la idea que envuelve la *capitis deminutio*.

Sin embargo, la definicion no me parece todavía completa, y es necesario añadir:

Cambio de *status*, cambio perjudicial y relativo á la capacidad jurídica. Y como toda disminucion de derecho, por lo que toca á la capacidad, implica un cambio anterior de *status*, la definicion completa puede formularse así: se llama *capitis deminutio* toda disminucion de la capacidad de derecho (§ 68).

XII.

Cuando se trata de determinar el carácter verdadero de la *capitis deminutio minima*, se presentan las más sérias dificultades, porque los antiguos jurisconsultos mismos nos han dejado dos definiciones esencialmente diversas.

1) Paulo nos la presenta como un cambio de familia, es decir, el abandono de la familia de los agnados en la cual se ha nacido (*a*).

L. 2, de cap. min. (IV, 5)... cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*. minimam esse capitis deminutionem constat.

L. 3. pr. eod. Liberos, qui abrogatum parentem sequuntur, placet minui caput... *cum familiam mutaverint*.

L. 7. pr. eod. Tutelas etiam non amittit capitis minutio... Sed legitimæ tutelæ et duodecim tabulis intervertuntur... qui agnatis deferuntur, *qui desinunt esse, familiæ mutati*.

Segun esta doctrina, á la cual Paulo se mantiene fiel (*b*), la *minima*

(*a*) Se trata aquí de la *familia communi jure* y no *jure proprio*, segun la distincion sentada por Ulpiano en la L. 195, § 2, de V. S. (L. 16).

(*b*) Podria creerse que en el pasaje siguiente se inclina por la otra explicacion. Paulo III, 6, § 29. Capitis minutione amittitur (ususfructus) si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœnæ efficiatur, aut si *statum* ex adrogatione vel adoptione *mutaverit*. En efecto, las palabras *statum mutaverit* no designan especialmente la *capitis deminutio minima* (habria debido añadirse *hominis*): pero reproducen la idea general de la *cap dem*. Esta fraseologia se encuentra en los antiguos jurisconsultos, y Paulo no quiere dar á entender, de seguro, que las expresiones *statum mutaverit* se aplicaban al adoptado solo y no al deportado ó al esclavo de la pena.

cap. dem. afecta, no toda relacion de derecho privado, sino una sola exclusivamente; y cosa digna de notarse, esta relacion es precisamente la única cuya omision en el libro primero de Gayo permite dudar si pertenece al *status* de derecho privado (núm. 7).

2) Ulpiano, las Institutas, y probablemente Gayo tambien, nos presentan la *minima* cap. dem. como cambiando el *status* del derecho privado (st. hominis), en tanto que dejan intactos la libertad y el derecho de ciudad.

Ulpiano XI, § 13: «Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva, *status duntaxat hominis mutatur*, § 3, J. de cap. demin. (I, 16). Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed *status hominis commutatur*. Gayo I, § 162. Las palabras capitales y decisivas son ilegibles; pero segun el conjunto del texto, debe creerse eran tales como se encuentran en la Instituta de Justiniano.

Si todavía se dudase de que el *status hominis* tenia efectivamente el sentido ámplio que resulta de la union de otros muchos textos (número 8), se disiparia la duda por las aplicaciones que inmediatamente se hacen en la Instituta: Quod accidit in his, qui cum sui juris fuerunt, cœperunt alienis juri subjectí esse, vel contra. Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

En estas aplicaciones, y sobre todo en la exclusion pronunciada contra el esclavo, no hay el menor indicio de que la *minima cap. dem.* esté limitada á la familia de los agnados, ni de que esta expresion técnica tenga el sentido que Paulo le atribuye.

Dados los motivos que acabo de desenvolver, se debe adoptar la definicion de Gayo y de Ulpiano, pero completándola del modo que sigue: Se llama *minima capitis deminutio* todo cambio del *status* privado (de las relaciones de familia) que lleva consigo una pérdida de la capacidad de derecho.

Si esta definicion es exacta, la *minima capitis deminutio* debe comprender (§ 68):

1.° Todos aquellos casos en que un indivíduo independiente (sui juris) se hace dependiente (alieni juris).

2.° Toda degradacion del hijo de familia ó de la mujer que pasa de la *potestas* ó de la *manus* á la *mancipii causa*.

Caen ahora fuera de la *minima capitis deminutio*.:

a). Los casos en que un hombre libre se hace esclavo, porque entonces hay *maxima cap. dem.* (*a*). Y, en efecto, un cambio parecido constituye la entrada en el estado de la esclavitud y crea una *potestas*

(*a*) Lo mismo sucederia en el caso en que un *ingenuus* se hiciera *libertinus*, si siempre este caso debe considerarse como una *capitis deminutio*. Cf. § 63, nota c, p. 282.

doméstica ó familiar. Bajo el primer aspecto pertenece al derecho público, y bajo el segundo al derecho privado; pero en razon del predominio del derecho público se considera este caso como *maxima*, no como *minima cap.* dem. (Cmp., núm. 6 y § 68).

b). El caso en que un hombre libre de tutela recibe un tutor, porque si el *status hominis* ha cambiado, sin duda su capacidad permanece íntegra. Así, pues, el enagenado al cual se le nombra un curador, no sufre ninguna *capitis deminutio* (*a*).

Los autores modernos adoptan ya una ya otra de las dos definiciones, ó se muestran indecisos entre ambas. Se ha procurado tambien conciliarlas, diciendo que la *minima capitis deminutio* contiene dos casos, la pérdida de la familia propia (cambio de un *sui juris* en *alienis juris*), y la pérdida de la familia comun, de la familia de los agnados (*b*).

XIII.

Tenemos, pues, que optar entre dos definiciones de los antiguos jurisconsultos: una la de Paulo, que presenta la *minima cap. dem.* como un cambio de la familia de los agnados; otra como un cambio de toda relacion de familia, y la cual yo completo así: todo cambio que entraña una disminucion ó pérdida de la capacidad.

Veamos ahora las razones decisivas que existen contra la doctrina de Paulo:

I. Ante todo, el nombre mismo de la *capitis deminutio*: *caput* necesita ser explicado. Es una palabra de orígen antiguo y cuyo sentido nos debe explicar cómo ha sido elegida para responder al conjunto de

(*a*) L. 20, de statu hom. (I, 5). «Qui furere cœpit, et *statum* et dignitatem... videtur retinere, sicut rei suæ dominium retinet.» *Status* se refiere inmediatamente á la libertad y al derecho de ciudad, como lo demuestra la edicion de *dignitas*, que justifica el *videtur retinere*. En cuanto al *status hominis*, la denuncia trae sin duda consigo una *mutatio*, pero esto no es ciertamente una *capitis deminutio*. La resolucion es más difícil para el *commercium interdictum* al *prodigus*, porque pierde la *testamentifactio*. Ulpiano XX, § 13; L. 18, pr. qui test. (XXVIII, 1), § 2. J. quibus non permittitur (II, 12). Pero en realidad, se trata aquí de una ficcion de la denuncia, es decir, de una incapacidad natural de obrar, y así *testamentifactio* está tomada en un sentido puramente de hecho, sentido del cual existen otros muchos ejemplos. Daré como prueba la de que el testamento del pródigo anterior á la interdiccion, es válido (L. 12 citada, § 2, J. cit.), en tanto que toda *capitis deminutio* anula el testamento, y aun la confirmacion indirecta del pretor se aplica solo á la incapacidad accidental sobrevenida en el intervalo, no á la continuada hasta la muerte. Ulpiano XXIII, § 4, 6.

(*b*) Glück, vol. II, § 128.

hechos conocidos bajo el nombre de *capitis deminutio*. ¿Qué quiere decir, pues, *caput* aquí?

Segun Paulo, *caput* significaria lazo de familia; pero ¿en dónde hallar la analogía más lejana que justifique esta significacion?

Podria decirse que *caput* es sinónimo de *status*, y que designaba la capacidad de derecho. Así se explicaria perfectamente la fraseología de *capitis deminutio*; pero ambas exposiciones son igualmente arbitrarias y no se apoyan en ninguna significacion conocida de la palabra *caput*.

Como sin duda ella tiene un orígen histórico, se la ha referido gratuitamente á las antiguas tablas del censo ó lista de los ciudadanos: se ha identificado al *caput* con los *capita censa*, de los que Tito Livio indica más de una vez el número. Si un ciudano perdia el derecho de ciudad, la comunidad de los ciudadanos romanos habia disminuido en una cabeza, tenia lugar una *caput exemptum*, *deletum*. La *minima capitis deminutio* se explica en el sentido de que el abrogado, perdiendo sus bienes, pasa á una clase inferior (*a*). Pero los partidarios de esta interpretacion no pueden disimular cuánto tiene de forzada, y la *cap. dem.* del emancipado les entorpece con razon sus conclusiones. De otra parte, para expresarse con justicia, se deberia decir que en el caso propuesto el pueblo romano, y no el individno, sufriria la *capitis deminutio*.

La interpretacion de Niebuhr no ofrece ninguna de estas dificultades (*b*). Segun él se llama *caput* el lugar ocupado por cada ciudadano en las listas del censo, con todas las menciones relativas á sus relaciones personales; y esta significacion primitiva de la palabra *caput*, está perfectamente en armonía con las transformaciones de los tiempos posteriores (*c*).

Si en la lista del censo, al lado del nombre de un ciudadano se mencionaba un cambio que le hacia *juris deterioris*, habia *deminutio capitis*. Sucedia esto principalmente cuando un ciudadano perdia la libertad ó el derecho de ciudad y era borrado desde luego de la lista, ó cuando un *paterfamilias* se hacía arrogar y se le consideraba como hijo de otro ciudadano.—Esta explicacion me parece suficiente; sin embargo, creo deber añadir: «con tal que el cambio perjudicial esté ligado á una disminucion de la capacidad de derech.» Sostengo la necesidad de la restriccion, si se colocase en el punto de vista de los juris-

(*a*) Heineccii, Antiq. jur. I, 16, § 46, § 1, 12.

(*b*) Niebuhr, Römische Geschichte, vol. I, p. 606. (4.ª ed.). Vol. II, página 460. (2.ª ed).

(*c*) Desde el tiempo de los emperadores se llamaba *caput* una cierta cantidad de tierra considerada como unidad catastral, y pagando un *simpluum*, es decir, como en los antiguos tiempos, una anotacion del registro de contribuciones, porque en la antigua Roma, la lista de los ciudadanos era al mismo tiempo la nómina de impuestos. Cmp. Zeitschriftf. gesch. Rechtsw. vol. VI, p. 323, 377.

consultos romanos, en una época en que el derecho público habia perdido mucho y ganado en importancia el derecho privado; pero podría suceder muy bien que desde el tiempo de la república se hubiese tambien llamado *capitis deminutio* mas de una degradacion puramente política, y sin ninguna influencia en el derecho privado (*a*).

Esta explicacion de la palabra *caput* concuerda perfectamente con el texto de la Instituta antes citado (núm. XII), en donde se dice hablando del manumitido refiriéndose á su esclavitud anterior: *Nullum caput habuit*; porque los esclavos no eran ciertamente incluidos en las tablas del censo como personas. La expresion empleada por Paulo y Modestino para designar el mismo caso, no obstante su aparente analogía, presenta una diferencia esencial.

L. 3, § 1. de cap. min. (IV, 5). Alter atque cum servus manumittitur: quia *servile caput* nullum *jus habet* ideo nec minui potest.

L. 4, eod. Hodie enim incipit *statum habere*.

En Paulo *caput* significa evidentemente el hombre, y *servile caput*, el hombre esclavo. Niega respecto á este último, la posibilidad de una *capitis deminutio*, no porque no haya *caput* (así es como él lo dice), sino porque no teniendo ningun derecho, no hay nada que disminuya ni nada que perder. En el mismo sentido es como el segundo texto, el de Modestino, rehusa al esclavo el *status* (núm. VIII, *a*). Sería, pues, equivocado sostener, relacionando estos textos con el de la Instituta, que, entre los romanos *caput* habia sido sinónimo de *jus* ó de *status*.

XIV.

II. Un segundo argumento de Paulo contra la interpretacion es la falta completa de consecuencia lógica. La *maxima*, *media* y *minima cap. dem.*, son especies de un mismo género, y por consiguiente deben tener un elemento comun que constituye la esencia del género. En nuestro sistema el elemento comun es seguramente la disminucion de la capacidad que se encuentra en cada uno de los tres cambios; pero en las demás teorías se buscaria inútilmente tal lazo de co-

---

(*a*) Niebuhr presenta como ejemplo el cambio de un ciudadano en *ærarius*. la exclusion de todas las tribus, y la inclusion en una *tribus minus honesta*. Podria tambien añadirse la disminucion de fortuna suficiente para ser colocado en una clase inferior. La infamia entra especialmente en el asunto. y ofrece ocasion de observar el cambio de lenguaje introducido en la época de los emperadores (§ 81). He dicho que la *capitio deminutis* se referia únicamente á la disminucion de la capacidad en el privado. y esta restriccion perfectamente de acuerdo con el sentido restrictivo dado á la palabra *status*. (Véase, número V).

munidad. Se ha intentado asimilar á la capacidad del derecho la posicion en una familia de agnados determinada, como condicion para suceder *ab intestato*. Pero aquí se confunde la capacidad jurídica con las condiciones de hecho exigidas para la adquisicion de los derechos; así la *justa causa* para la tradicion y el título para la usucapion, son, como la agnacion para la *hereditas intestati*, condiciones de hecho necesarias para una adquisicion determinada bien que no sean elementos de la capacidad de derecho. La pérdida de la agnacion constituye la de un derecho determinado adquirido, como la pérdida de la propiedad de una casa; ni la una ni la otra tocan á la capacidad de derecho. Del mismo modo que en ningun caso una disminucion de fortuna es llamada *capitis deminutio*, ni nunca se designaria bajo este título la pérdida de la agnacion considerada en sí..

Si no hay ningun motivo para asimilar la pérdida de la agnacion á la de la libertad ó del derecho de ciudad, existe inconsecuencia en aislar otros acontecimientos que tienen idéntica naturaleza. El carácter esencial de la pérdida de la agnacion es la disolucion de una relacion de familia determinada, que nos priva al mismo tiempo de muchas adquisiciones, y principalmente de las sucesiones *abintestato*. Si esta circunstancia bastó para que se considerase perdida la agnacion como *capitis deminutio*, hay muchos acontecimientos que se deberian así colocar bajo el mismo título, entre las *cap. dem.*, y esto es precisamente lo que nunca se hizo.

Pongamos por ejemplo el repudio. Rompiendo este importante lazo de la familia, el hombre pierde la espectativa, y esto ha durado hasta los tiempos de Justiniano, de unir á sus bienes la dote despues de la muerte de la mujer.

No comprendo por qué se habia de tener ménos en consideracion á esta espéctiva que á la de la sucesion de los agnados.

La emancipacion deberia ser tambien para el padre una *capitis deminutio*, porque este, rompiendo el lazo de la familia originaria, renuncia á todas las adquisiciones resultado de los actos del hijo, las que quizá le habrian enriquecido más que todas las sucesiones *ab intestato* de sus agnados.

Estas dificultades no existen en nuestro sistema, porque ninguno de estos hechos entraña una disminucion de capacidad.—No deseo, sin embargo, concederle una grande importancia á esta argumentacion. La *capitis deminutio* es una institucion histórica, y se concebiria muy bien que en su desenvolvimiento y en el enlace de sus partes se hayan violado las reglas de la lógica; pero esto no es verosímil, y la explicacion que salva la inconsecuencia debe ser preferida á la que carece de esta ventaja. El lado débil de la doctrina de Paulo se consigna en muchos tratados modernos sobre la materia. Así Feuerbach y Löhr (núm. I), se ven obligados á fluctuar entre la capacidad y los derechos adquiridos con el fin de tratar los tres grados de la *cap. dem.*, como

tres especies de un mismo género, defendiendo la *minima cap. dem.* como *familiæ mutatio.*

XV.

III. Un tercer argumento contra la doctrina de Paulo es la incertidumbre con la cual él mismo se expresa sobre muchas aplicaciones particulares. Hé aquí un texto al que se da de otra parte en esta discusion mucha importancia: L. 3, pr. § 1, de cap. min. (IV, 5). Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, *placet minui caput* (al. *capite)*, cum in aliena potestate sint, et cum familiam mutaverint.—Emancipatio filio, et cœteris personis, *capitis minutio manifesto accidit*: cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Alter acque cum servus manumittitur, etc., (véase número XIII).

Paulo indica dos casos, en los cuales hay, segun él, *cap. dem.:* el uno es relativo á los hijos del arrogado, el otro al emancipado. En el primer caso, dice él: *placet*; en el segundo: *manifesto accidit* Yo sé que no es necesario dar demasiada importancia á la eleccion de los términos de los cuales los antiguos jurisconsultos se sirven para expresar, sus doctrinas, y en muchos textos, *placet* expresa evidentemente una certidumbre absoluta. Pero aquí estas expresiones, tan diferentes y de tal manera relacionadas la una con la otra, parecen haber sido escogidas á proposito para expresar un grado diferente de certidumbre Una circunstancia viene todavia á confirmar esta explicacion ya tan natural: Paulo invoca en ambos casos motivos diferentes, en tanto que hubiere bastado alegar la *familiæ mutatio*, si tal hubiere sido el carácter esencial de la *minima cap. dem.*, no discutido y sí reconocido universalmente. Para el primer caso invoca, á la verdad, *familiœ mutatio*; pero esta razon no le parecia suficiente y la refuerza con otra muy singularmente escogida: *cum in aliena potestate sint.*

Es indudable, que antes y despues de la arrogacion los hijos están bajo una potestad extraña; pero su estado no varia, y no se comprende fácilmente como esta continuacion de un mismo estado, puede servir para probar una *capitis deminutio* que tiene precisamente por carácter esencial un cambio de estado. Cuando para el caso del emancipado se ve cuanto se precipita por abandonar su censurable argumentacion en vez de reproducirla, se apoya en el pasaje por la *imaginaria servilis causa* (*a*); añadiendo despues: «desde entonces la *cap. dem*, es evidente» (*manifesto accidit)*.

(*a*) Podria ser muy bien que Paulo hubiera escrito: «Nisi in mancipii causa deductus» y que los compiladores hayan querido, por una perífrasis, evitar la cita de una institucion caida en desuso.

Esta diferencia marcada en la eleccion de los términos y de las pruebas, lleva á creer que Paulo pretendia sacar de la antigua institucion una consecuencia práctica por medio del argumento hipotético tomado de la *minima cap. dem.*; pero en el cual él mismo no tiene entera confianza. Daré, despues, nuevas razones en apoyo de esta suposicion (*a*).

IV. Finalmente, un cuarto argumento contra la doctrina de Paulo se encuentra en las diveras aplicaciones que es necesario mirar en este sistema como casos de la *minima cap. dem.*, y en donde nosotros sabemos por testimonios irrecusables que no existe *capitis deminutio.* Dichas aplicaciones son todavía más decisivas que las consideraciones generales que preceden. Con el fin de hacer el asunto más fácil, voy á enumerar todos los casos conocidos de *minima capitis deminutio.*

XVI.

A. La arrogacion es en ambos sistemas una *cap. dem.* para el arrogado, porque pierde la capacidad del derecho unida á la independencia, y sale de la agnacion que por nacimiento habia adquirido.

B. Los hijos del arrogado sufren una *cap. dem.*, segun la doctrina de Paulo, porque salen de la agnacion en que estaban por nacimiento; pero no sucede del mismo modo en la doctrina opuesta, en la cual su capacidad no cambia (*b*): muéstrase, pues, una diferencia práctica en-

---

(*a*) Otros han notado ya la incertidumbre de la doctrina de Paulo, Scheltinga, en Fellenberg, Jurispr. antigua, t. II. p. 519, propone para explicarla una hipótesis poco feliz. Los antiguos jurisconsultos, dice, estaban divididos en la cuestion de saber si relativamente á la *capitis deminutio*, la *status mutatio* debia ser *in deterius*. La *disputatio fori* ha resuelto la cuestion negativamente: de aquí las incertidumbres.

(*b*) Algunos autores modernos, rechazando por completo la definicion de la *minima cap. dem.*, como *familia mutatio*, procuran justificar por otros motivos la aplicacion particular que Paulo hace á los hijos del arrogado de esta doctrina. Así, por ejemplo, Sechkendorf. De cap. dem. minima. § 15, atribuye al nieto una *minus caput*, á semejanza de su padre, bien que su estado actual sea absolutamente parecido. Tambien Dieters de civili cognatione, p. 41, atribuye al nieto una *caput impeditum*, porque está en un grado más lejano de la independencia: pero esto no se refiere al estado actual, ni toca más que á la espectativa de la independencia futura: además, para el hijo del arrogado, la arrogacion puede alejar esta espectativa, pero es poco probable suceda así, porque en el órden natural está que el arrogante debe morir antes que el arrogado.

tre ambos sistemas (*a*); bien que por lo demás este caso no tiene nada de decisivo, porque Paulo es el único jurisconsulto que lo cita, y él mismo apoya su opinion en razones muy inciertas (núm. XV).

C. Las *causæ probationes* del antiguo derecho y las *legitimationes* del derecho nuevo, entrañaban en ambas opiniones una *cap. dem.*, porque siempre habia cambio de independencia á dependencia, y formábase una agnacion distinta. Este caso debe ser puesto en la misma línea que el de la agnaccion (A).

D. La mancipacion de un hijo bajo el poder paterno, ó de una mujer *in manu*, llebaba consigo en ambos sistemas una *minima capitis deminutio* para la persona emancipada (*b*); en el nuestro, porque la *mancipii causa* es una degradacion, un grado inferior de la dependencia doméstica, y en el sistema opuesto porque la agnacion anterior se destruye. Pero si el comprador mancipa de nuevo la persona así mancipada esto, no entrañaba ninguna nueva *capitis deminutio*, porque no tenia lugar la degradacion ni la disolucion de la agnacion.

E. La emancipacion, es decir, la salida de la potestad patria. La *minima cap. dem.* del hijo emancipado, es un hecho de tal manera cierto, y tan bien establecido, que ni en uno ni otro sistema se trata de ponerlo en tela de juicio, sino simplemente de explicarlo para no verse en el compromiso de que no quepa dentro de sus afirmaciones. Cuando Ciceron presenta la gentilidad como un obstáculo para la gentilidad misma, probablemente es porque tiene presente la *cap. dem.*, que resultaba de la emancipacion (§ 69, *a* pág. 318). Ahorabien: ¿cómo es necesario considerar esta *cap. dem.*?

En nuestro sistema, claramente se vé que procede de la forma exigida para la emancipacion de la degradacion preliminar de la *mancipii caussa* (*c*). Antes que Gayo nos hubiere dado á conocer la naturaleza propia de la *mancipii causa*, y el carácter esencial que la distingue de la *servitus*, cabria preguntar si la emancipacion entrañaba una *maxima*, mejor aun que una *minima cap. dem.* (*d*); pero despues de la aparicion de sus instituciones no es posible la duda (*e*).

(*a*) Esta diferencia práctica no tiene, sin embargo, sino efectos muy limitados, porque, aun en mi opinion, la agnacion de nacimiento es destruida para los hijos del arrogado, si bien segun otro principio, porque derivando la agnacion del padre. los hijos deben tener la misma que aquél. Ahora resta por saber si las deudas y las servidumbres personales de los hijos del abrogado subsisten ó no, cuestion que es necesario resolver afirmativa ó negativamente, segun que se admita ó se rechace la *capitis deminutio*.

(*b*) Gayo I, § 177-178, a; § 162. Ulpiano, XI, § 5. Véase antes § 67.

(*c*) Gayo I, § 132; Ulpiano X, § 1.

(*d*) Heinecio, Antiquit. 1, 16, § 12, y los autores que cita.

(*e*) Gayo I, § 162.

Segun las consecuencias del sistema de Paulo, la *cap. dem.* procede de que el emancipado sale de la familia originaria de sus agnados; y aquí el lenguaje de las fuentes merece fijar nuestra atencion. Las Instituciones de Justiniano, en el texto antes citado (núm. 12), queriendo pasar en silencio la antigua *mancipii causa*, dan como motivo de la *cap. dem.* el simple cambio, la salida de la *potestas*, es decir, un mejoramiento de estado, lo cual lleva á sus redactores á una observacion singular, y es que si la manumision del esclavo no constituye tambien una *cap. dem.* propiamente dicha, es porque antes de la manumision éste no se consideraba *caput*.

Paulo, en el texto citado (núm. 15), da como razon de la *cap. dem.*, no como debia esperarse de sus principios la *familiæ mutatio*, sino más bien la *imaginaria servilis causa*, es decir, el verdadero motivo.

Finalmente, donde se presentan las mayores dificultades es en un pasaje de Gayo, de expresion oscura y en el que se nota además una importante laguna en el texto: Gayo I, § 162. Minima (capitis) deminutio est... et in his, qui mancipio dantur., quique ex mancipio manumittuntur: adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur, a... tur, totiens capite diminuatur.

Se ha creido que Gayo decia en este pasaje que no solo toda mancipacion, sino tambien cualquiera manumision entrañaba una *cap. dem.* especial, no sabiéndose á qué principio de derecho referir este último punto. La oscuridad se halla en la palabra *quique*,, y seguramente que puede interpretarse como si existiere: *et in his qui ex mancipio manumittuntur*, lo cual indicaria nuevos casos. Pero se puede referir tambien *quique* á *in his*, tomado entonces en el sentido de *et*, y serviria mejor para determinar el caso que precede.—Esta explicacion nos da el medio de llenar la laguna del texto. El editor ha puesto «*aut* manumittatur,» presentando la manumision como un nuevo caso de la *cap. dem.*; pero es necesario leer mejor: *ac* (ó atq.) manumittatur (*a*), lo que juntaba la manumision y la mancipacion de modo que formasen un solo caso de la *cap. dem.* Hé aquí el sentido del texto en su totalidad: deseando Gayo hacer resaltar por medio de ejemplos la idea de la *capitis deminutio*, escogió, entre otros asuntos, una parte de las formas de la emancipacion, bien que su exposicion completa no entrase para nada en su propósito, en tanto que su deseo fué decir que hijos, la *minima cap. dem.* va unida á cada una de las mancipaciones de los que es cada vez una manumision (lo son las dos primeras), y *minima*

(*a*) Esta congetura ha sido ya propuesta por Deiters, de civili cognatione, p. 41, 42, y aprobada por Huschke, Studien, vol. I, p. 222.—Schilling, Institutionem, vol. II, § 32, nota 3, rechaza toda la explicacion que precede.

así cada mancipacion conducente á una manumision, lleva consigo una *cap. dem.* especial.

Habria podido mencionar todavía la tercera manumision, que ciertamente entrañaba tambien una *cap. dem.*; pero no la cuarta (la *remancipatio*), que no implica ninguna nueva degradacion (véase antes, D). Mas con el fin de abreviar, y al mismo tiempo evitar todo error, se limita á citar las dos primeras mancipaciones que satisfacian por completo su fin y designaban claramente las dos manumisiones que les siguen.

Ahora bien; en el derecho moderno debe todavía ser considerada la mancipacion como una *capitis dem.*—Desde la redaccion de las Institutas y del Digesto, las antiguas mancipaciones no existian hacia ya mucho tiempo, y las formas usadas desde entonces no tenian para el hijo ningun carácter de degradacion. Dos motivos podian determinar al legislador á mantener la emancipacion como *cap. dem.*, que eran el derecho de patronato del padre y la disolucion de la agnacion. Mas habiendo Justiniano abolido ya en este caso la disolucion de la agnacion (§ 69), quedaba solo el derecho de patronato. Y como este derecho no es una continuacion ni un rasgo caracteristico de la *cap. dem.*, y además la legislacion de Justiniano la habia borrado completamente, no se podria sin inconsecuencia mirar todavía en la actualidad la emancipacion como una *cap. dem.*

F. La adopcion, tomada en el sentido estricto de la palabra, no presenta ninguna dificultad, porque tiene precisamente la misma naturaleza que la emancipacion. Como esta estaba ligada á las degradaciones de la *mancipii causa* (*a*), y disolvia incontestablemente la agnacion originaria. En el derecho justinianeo podia entrañar, á lo más, una *cap. dem.* en un caso especial, cuando el padre adoptivo es al mismo tiempo un ascendiente natural, porque entonces hay ciertameste disolucion de la agnacion primitiva, no obstante que, segun los principios que he desenvuelto, esta circunstancia no bastara para constituir una *cap. dem.*

XVII.

G. In manum conventio.

Si la mujer era antes *sui juris*, la *in manum conventio* entrañaba la *cap. dem.*: esto es incontestable en ambos sistemas, porque veia disminuir su capacidad y salia de su familia para entrar en la de su marido (*b*), cualquiera que fuese el orígen de la *in manum conventio*, la *confarreatio*, la *coemtio* ó el *usus*.

(*a*) Gayo I, § 134.
(*b*) Gellio XVIII, 6. Se hacia hermana de sus propios hijos y de los hijos de su marido nacidos de otra mujer. Gayo III, § 14.

No sucedia, sin embargo, del mismo modo cuando la mujer salia de la potestad patria para entrar en la *manus*. Aquí, segun la opinion de Paulo, se debe admitir una *cap. dem.*, porque evidentemente existe *familiæ mutatio*: pero no así segun nuestra opinion, porque no hay ninguna disminucion de capacidad; y la mujer casada *in amnu*, asimilada en un todo á la hija, gozaba de los mismos derechos que ésta, ni las formas empleadas para llegar á la *in manum conventio* implicaban ninguna degradacion preliminar como en la emancipacion y la adopcion: en cuanto á la *confarreatio* y al *usus*, esto era evidente. Para la *coemtio*, se podia concebir una *mancipii causa* semejante á la de la adopcion; pero Gayo, que describe con pormenores estas diversas formalidades habla de la degradacion accidental para la adopcion, sin decir una palabra respecto á la *coemtio* (*a*).

Si poseyésemos testimonios irrecusables sobre la cuestion de saber si la *coemtio* de una hija bajo el poder paterno entrañaba ó no la *cap. dem.*, este seria un argumento en favor de uno ú otro de los dos sistemas; pero los pasajes de los antiguos son en este punto poco concluyentes.

Cicero, Top., C. 4. Si ea mulier testamentum fecit, quæ se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto prætoris secundum eas tabullas possessio dari. Esta proposicion implica la proposicion inversa: por la *cap. dem.* la mujer se hace capaz para testar. Aquí la *capitis dem*., es evidentemente así como lo entiende Boecio, la resultante de la *in anum conventio*. Como Ciceron no distingue entre las mujeres independientes y dependientes, parecia que unas y otras podrian de la misma manera adquirir la capacidad de testar, siguiéndose además, y esto importaria mucho á nuestra cuestion, que para las mujeres independientes como dependientes, la *in manum conventio* se llamaba *cap. dem.* Pero esta prueba aparente se desvanece cuando se compara el pasaje de Ciceron con el de Gayo I, § 115, *a*, que trata la cuestion con mucha más exactitud, enseñándonos que la *coemtio* no basta por sí sola para hacer el testamento posible, sino que es necesario además una reemancipacion y una manumision. Esta *mancipii causa* entrañaba evidentemente, y en todos los sistemas, una *cap. dem.*, así, el pasaje de Ciceron pierde, respecto á la cuestion que nos ocupa, toda influencia decisiva.

Gayo cita dos veces la *coemtio* como ejemplo de la *cap. dem.* (I, § 162 y IV, § 38), pero siempre junto con otros y en términos harto poco precisos para que se reconociese se trataba de las mujeres independientes ó de las mujeres dependientes.

Ulpiano XI, § 13 cita en términos igualmente vagos la *coemtio* como ejemplo de la *minima cap. dem.*; mas como lo hace con ocasion de hablar del principio de que toda *cap. dem.* termina la tutela legal, y que

(*a*) Gayo I, § 134 y § 113.

las mujeres independientes tienen solas tutor, estamos autorizados para creer que, en su ejemplo, Ulpiano tenia únicamente presente la *coemtio* de aquellas.

En Tito Livio encontramos un pasaje notable relativo á la historia de los Bacanales, que es mucho más preciso: se trata de una manumitida *sui juris* sometida á la tutela dativa, y que habia hecho ya un testamento (*a*). Para reconocer el servicio eminente prestado por ésta á la República, descubriendo una vasta y peligrosa conspiracion, un senado consulto le concedió, entre otras cosas, los privilegios siguientes:

Livius XXXIX, 19. Utique Feceniæ Hispalæ *datio*, *deminutio*, gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset.

Las palabras *datio*, *deminutio* tienen tan poco sentido, que la correccion *capitis deminutio* no ofrece ninguna dificultad (*b*), y solas pueden establecer un paralelismo sensible en las expresiones de los tres privilegios así unidos. Aquí *capitis deminutio* significaba, sin duda alguna, el derecho de sufrir la *coemtio*; y además, como la mujer era *sui juris*, no se hace en este punto cuestion evidentemente de ellas como *capitis deminutio*, sino de la *coemtio* de una mujer independiente, siendo esto más cierto todavía que en los restantes textos citados.

XVIII.

H. Por último, los casos más importantes, y en donde es necesario establecer el carácter verdadero de la *capitis deminutio* en general, y de la *minima* en particular, son la consagracion del *flamen Dialis* y de las vestales.

Los antiguos jurisconsultos, cuando hablan de las vestales, dicen que salian de la potestad patria (*c*); pero Aulo Gelio nos da enseñanzas mucho más precisas sobre su cambio de estado, segun las más respetables autoridades y los escritos de Labeon y Capiton; hé aquí cómo se expresa en los dos lugares de este capítulo:

Virgo autem vestalis simul est capta... eo statin tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit, et jus testamenti faciundi adipiscitur.

(*a*) Livio XXXIX, 9. Quin eo processerat consuetudine capta, ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a tribunis et prætore petito, quum testamentum faceret, unum Æbutium instituerет heredem.

(*b*) Esta correccion ha sido ya propuesta por Huschke, de Privil. Feceniæ Hispalæ: Goett. 1822, p. 25: sin embargo, explicando este texto busca dificultades imaginarias.

(*c*) Gayo I, § 130. Ulpiano X, § 5.

Præterea in comentariis Labeonis quæ ad XII tab. composuit, ita scriptum est: Virgo vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatæ quisquam: sed bona ejus in publicum redigi ajunt. Id quo jure fiat, quæritur.

Segun el texto que precede, me parece fuera de duda que la agnacion entre la vestal y su familia quebaba destruida; y así es como nos explicamos naturalmente la abolicion de las sucesiones ab intestato recíprocas, porque la vestal tenia bienes y aun podia testar. Una vez extinguido el derecho de suceder, la continuacion de la agnacion no hubiera tenido ningun sentido práctico, porque la tutela, segundo resultado práctico de la agnacion, no existia para las vestales segun la ley de las Doce Tablas (*a*). Mas se dirá que si la agnacion era destruida, ¿cómo podia Labeon añadir: *id quo jure fiat, quæritur*? porque la agnacion explica evidentemente la pérdida de los derechos sucesorios. A esta objecion pueden hacerse muchas consideraciones. Desde luego, si esta cuestion puede atribuirse á Labeon, es tambien dado mirarla como una adicion probable de Aulo Gelio; además tiene un sentido muy sencillo si se la refiere al caso que precede inmediatamente, la multa al Estado. Y en efecto, esto tiene algo de extraordinario, porque en el antiguo derecho del cual habla Labeon, los bienes sin herederos eran siempre estimados como no teniendo dueño, y la ley Julia caducaria fué la primera que estableció el principio general de que fuesen para el Estado (*b*).

Si por este texto admitimos que la vestal perdia su agnacion, y segun los testimonios citados no sufria, sin embargo, ninguna *cap. dem.*, encontramos aquí una refutacion directa de la doctrina de Paulo, quien considera como *cap. dem.* toda pérdida de la agnacion. El mismo texto nos ofrece una prueba completa de la insuficiencia de la antigua definicion de la *cap. dem.* como *status mutatio.* La vestal sufria incontestablemente un cambio de *status* por la pérdida de la agnacion; y si se niega esta pérdida, por la disolucion del poder patrio; y como, sin embargo, no sufia tal *capitis deminutio*, era necesario, por consiguiente, que la *cap. dem.* designase otra cosa que un cambio de *status.* A mi vez, creo quedar con lo dicho justificado del cargo de querer rectificar arbitrariamente una definicion de los antiguos jurisconsultos.

La consagracion del *flamen Dialis* presta una prueba parecida, aun cuando menos completa, en apoyo de nuestra opinion. Tambien salia él del poder del padre (*c*), y este cambio importante de *status* no era más que el caso anterior de la vestal considerado como *cap. dem* (*d*). La

---

(*a*) Gayo I, § 145.
(*b*) Ciceron, de legibus, II, 19. Ulpiano XXVIII, 7. Cmp. Zeitschrift. f. gesch. Rechtsw., vol. II, p. 378.
(*c*) Tácito, Ann. IV, 16. Gayo I, § 130, Ulpiano X, § 5
(*d*) Gayo III, § 114.

comparacion seria completa si tuviésemos la prueba de que el *flamen* perdia tambien su agnacion, lo cual era probable, no solo á causa de la semejanza resultante de la relacion de la vestal hecha por Gayo y Ulpiano, sino porque habria habido inconsecuencia al disolver el poder paterno y dejar la agnacion subsistente: ademas, tampoco se sabe en qué situacion se encontraria el hijo frente á frente del padre, porque no se concibe que hubiera sido en su respecto más extraño que lo eran los otros agnados.

La cuestion que nos ocupa supone una controversia entre los antiguos jurisconsultos mismos, en donde se prefiere la autoridad de Sabeon y Capiton á la de Paulo, no porque el último fuera inferior en mérito, sino porque se trataba aquí de una cuestion del antiguo derecho, cuya completa inteligencia era más accesible en el tiempo de los primeros que en el de Paulo. Despues, no hay aquí controversia verdadera, como, si por ejemplo, Paulo hubiese sostenido la *cap. dem.* de la *vestal* y del *flamen*, y Labeon la hubiera negado. Los jurisconsultos de todo tiempo parecen estar de acuerdo para rechazar esta *capitis deminutio*, y así Gayo, con relacion al *flamen* y Ulpiano en el texto siguiente, dicen: L. 3, § 4, de Sc. Maced. (V, 6). Si a filiofamilias stipulatus sim et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris *vel alias sui juris sine capiits deminutione fuerit effectus*, debet dici cessare senatusconsultum quia mutua jam patrifamilias data est. Estas palabras *vel alias*, etc., no pueden evidentemente designar sino el *flamen*, *lavestal* ó ambos á la vez, lo cual es aun más probable.

El mismo Ulpiano quizá habia expresado formalmente estos dos casos, y los compiladores hubieran preferido estos términos abstractos. No se trata, pues, como en una controversia verdadera de decidir una cuestion práctica, sino de fundar una teoría científica sobre reglas generalmente reconocidas, y aquí la crítica lógica, en presencia de antiguos jurisconsultos, tiene más libertad y amplitud.

XIX.

He procurado demostrar que las explicaciones de la *cap. dem.*, dadas por los antiguos jurisconsultos son en parte incompletas y en parte inexactas, y para que una asercion semejante esté autorizada, necesito exponer el orígen probable de los efectos que he citado.

Tenian los romanos una antigua doctrina de tres especies de *cap. dem.*, naturalmente sin definicion, pero de ningun modo dudosa en cuanto á sus efectos y sus aplicaciones particulares, las más numerosas é importantes. De otro lado habia ciertos casos en que la

cap. dem., si bien no controvertida, estaba poco determinada, sea que no se hubiesen presentado, sea que no hubiesen fijado en ellos la atencion. Cuando más tarde, la ciencia fué adquiriendo desarrollo, y se procuró sistematizar la antigua doctrina se hizo de muchas maneras, no debiendo sorprendernos este esfuerzo, y la mayoría de los jurisconsultos se limitaron á definir la *cap. dem.*, como un *status mutatio*. He criticado esta definicion no como falsa, sino como incompleta, y no se me acusará por temerario si se reflexiona que las definiciones de los antiguos jurisconsultos son en general defectuosas. Lo que importaba más era no traducir en falsas aplicaciones las consecuencias de una definicion incompleta, y la inteligencia práctica de los jurisconsultos romanos los preservaba de este peligro. Si se hubiese preguntado á Gayo y Ulpiano si el *Latinus*, por la obtencion del derecho de ciudad y el hijo por la muerte del padre sufrian una *capitis deminutio*, seguramente habrian respondido de un modo negativo, para mantenerse fieles á su definicion como á sus rigurosas consecuencias.

Paulo sigue un camino distinto, y hé aquí cuál es en mi sentir la filiacion de sus ideas. Considera que el efecto más importante, comun á los diferentes casos de *capitis deminutio maxima*, era la pérdida de la agnacion, porque desde tiempos muy remotos la restitucion había anulado la extincion de las deudas, y era raro que un usufructo descansase en cabeza del que sufria la *capitis deminutio*, mientras que de otra parte, él salia siempre de la familia. Paulo considera este efecto aislado como la esencia de la *cap. dem.*, sin darse cuidado por la oscuridad que así traia al orígen histórico de la institucion y á su mismo nombre. Los casos más numerosos y frecuentes de la *capitis deminutio*, la arrogacion, la emancipacion, la *in manu conventio* de una mujer independiente, salen de ordinario fuera de la definicion. Cita tambien la *cap. dem.* de los hijos del arrogado; pero no habiendo probablemente encontrado esta explicacion en los autores, la presenta como opinion particular suya *(placet)*. Sin embargo, no se muestra de tal manera fiel á su definicion, que á veces no adopte otro órden de ideas; así es como le es dado referir la *cap dem.* del emancipado á la degradacion de la *mancipii causa*, porque encontrándose de acuerdo, sin duda, con todos los autores antiguos, consideraria esta explicacion como ménos atrevida é hipotética (*manifesto accidit*).

Ahora puedo explicar en su totalidad el texto de Paulo que ha ejercido tanta autoridad é influencia sobre la doctrina de los tres *status* adoptados por los autores modernos (núm. X).

L. II, de cap. dem. (IV, 5). Capite deminutionis tria sunt: maxima, media, minima. *Tria enim sunt quœ habemus: libertatem, civitatem familiam.* Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis de-

minutionem; cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse deminutionem constat.

El camino que habia elegido le llevaba á presentar la *minima capitis deminutio*, como una *familiœ mutatio*. Habíanse admitido en todo tiempo tres grados en la *capitis deminutio*; Paulo procuró hacer sensible la unidad de esta triple division, designando los objetos cuya pérdida entrañaba, y eran: la libertad, el derecho de ciudad y la familia. Pero, ¿qué tienen de comun entre sí estas tres relaciones tan opuestas? Nada, sino que la encontramos así (*tria sunt quœ habemus*). Podria admitirse la explicacion si fueran efectivamente las únicas que poseyéramos; más como tenemos algunas otras, por ejemplo, el matrimonio, la patria potestad, la propiedad, las servidumbres, los créditos, etc., que podemos perder igualmente, el lazo que debe reunir los tres grados de la *cap. dem.* bajo una base de unidad, es realmente muy débil.

No cabe, pues, considerar el texto de Paulo sino como una tentativa poco afortunada llevada á cabo con el fin de dar á la triple *capitis deminutio* una base racional; siendo tambien imposible alegar que estos tres objetos *quœ habemus*, tengan una importancia superior á la de los otros que he citado en forma de ejemplo. No obstante, la teoría de Paulo, bajo cierto aspecto tan poco satisfactoria, tiene al ménos una ventaja sobre la definicion dada por los otros jurisconsultos romanos, y es, que evita se considere falsamente la muerte del padre ni la obtencion del derecho de ciudad como una *cap. dem.*

A pesar de todos sus defectos, el texto de Paulo no es el que sirve ménos, sin embargo, de base fundamental que los autores modernos aceptan para explicar la doctrina de los tres *status*. Es verdad que ellos suponen tácitamente que Paulo expresa una idea comun á todos los jurisconsultos romanos; pero es una suposicion que rechazo en absoluto. Si estuviera fundada la doctrina de los tres *status* como la de la triple *cap.. dem*,, se formularia claramente y llevaria el sello de una expresion antigua y técnica, en vez de descansar en una frase singularmente vaga: *sunt quœ habemus*. Debiendo añadir que la palabra *status* se prestaba muy naturalmente para no ser empleada si estos tres objetos *(tria)*, hubiesen sido efectivamente considerados como las tres especies de *status*. Así, pues, nada justifica la suposicion de la generalidad de la doctrina, más todavía, cuando Paulo mismo carece de la precision segura y reflexiva que le atribuyen los autores modernos, fundados en la autoridad de este texto. Era una idea atrevida la que se expuso con su ocasion, una tentativa momentánea de reasumir por un circunloquio la antigua doctrina de la triple *capitis deminutio*, tomando siempre la *minima cap. dem.* como *familiœ mutatio*: este es su único mérito, Pero cuando habla de la *capitis deminutio* resultante de la emancipacion (L. 3, § 1, de cap. dem.), vuelve á la explicacion ordinaria, la de la *servilis causa*, abandonando su idea:

prueba evidente de que el mismo no la estimaba como cierta é indestructible.

XX.

La crítica de la *cap. dem.* que he bosquejado quizá sea bastante para apreciar los trabajos de los autores que se han ocupado de este asunto, y de los cuales dí la lista (núm. 1): ahora, en vez de analizar sus obras, me limitaré á emitir algunas consideraciones.

Conradi, cuyas opiniones merecen en general una séria atencion, sienta en principio la definicion de la *cap. dem.* como *familiæ mutatio*; y este falso supuesto le obliga á rechazar la *servilis causa* como motivo de la *cap. dem.* resultante de la emancipacion (p. 180), conduciéndole á una interpretacion forzada de la que dificilmente se hallará otro ejemplo en sus escritos. Traduce las palabras de la L. 3, § 1, de cap. dem., *manifesto accidit*, no por «incurre evidentemente,» sino por «se hace visible, se manifiesta á nuestros sentidos por medio de actos simbólicos.»

Seckendorf combate la doctrina de Paulo y expone los puntos esenciales de la que he aceptado como mia, siendo, á lo que parece, la primer obra impresa en donde se consigna la innovacion.

Se ha procurado otras veces buscar la luz y armonía que aclarara y sintentizase por completo los principios de Paulo, y este ensayo, notable aún en nuestros dias, ha tenido eco llamando poderosamente la atencion; hé aquí dicha explicacion propuesta por la primera vez por Hotomanus. Hay, dice, tres corporaciones de extension diferente, en las que todo hombre puede encontrarse incluido (*a*): la de todos los hombres libres de la tierra, la de los ciudadanos romanos y la de los miembros de una familia determina la de agnados. Si un miembro de una de estas corporaciones sale de ella, la corporacion disminuye en una cabeza, sufre una *capitis deminutio*, frase transportada por hipalaje al miembro saliente. Una vez aceptada esta locucion, *caput* sirve para designar la posicion de un miembro en el seno de dichas corporaciones (*b*). La palabra *status*, en la definicion de la *capitis deminutio* como *status mutatio*, tiene tambien el mismo sentido (*c*); de otro modo

---

(*a*) Les llama indiferentemente *corpus*, *ordo*, *collegium*. La idea fundamental de este sistema ha sido adoptada por Ducarroy y Zimmern (véase núm. 1) y por Vangerow, Pandecten I, p. 61.

(*b*) Hotomanus, I, c. Scire oportet, caput in hoc ipso tractatu significare jus, quod aliquis ob eam causam habet, quia caput sive locum in ordine aliquo illorum trium obtinet.

(*c*) Intelligi oportet, status verbo in hoc tractatu significari a Ictis, condicionem personæ in eorum ordine stantis (i, e. numerum efficientis) qui vel libertatem, vel cum libertate civitatem, vel cum utraque familiam obtinent.

seria necesario decir, sin razon desde luego, que el hijo sufria por la muerte de su padre una *cap. dem.* Esta explicacion estableció un acuerdo aparente con la doctrina de Paulo, pero no es digna de elogio bajo ningun otro concepto, porque no resiste, dada su condicion, á un exámen profundo. Es evidente que la corporacion de todos los hombres libres, de donde se podrian sacar como á la suerte los ciudadanos, es una idea aventurada, y sobre todo, extraña á los romanos; además, la reunion de los agnados es, sin duda, un principio de derecho é importante, porque sirve de base á la sucesion ab intestato y á la *legitima tutela.* Pero esto nó es aquí mas que uno de los diversos vínculos de la familia que estableció entre muchos hombres una asociacion más estrecha. Dicho vínculo no es el más importante de todos, y no se concibe por qué habia de ser necesario, segun esta doctrina, atribuirle una superioridad tal sobre las otras relaciones de la familia. Finalmente, es una hipótesis arbitraria y desnuda de toda verosimilitud la de trasladar la locucion *capite minui* de la corporacion, efectivamente disminuida, al indivíduo que la disminuye saliendo de ella. En último resultado puede decirse que la explicacion de Hotomanus tiene solo el mérito de ser ingeniosa.

SUMARIO-INDICE DEL TRATADO.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

LIBRO I.

FUENTES DEL DERECHO ROMANO ACTUAL.

CAPILULO PRIMERO.

OBJETO DE ESTA OBRA.

CAPITULO II.

DE LA NATURALEZA DE LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO EN GENERAL.

CAPITULO III.

FUENTES DEL DERECHO ROMANO ACTUAL.

CAPÍTULO IV.

INTERPRETACION DE LAS LEYES.

Páginas.

LIBRO II.

RELACIONES DE DERECHO.

CAPÍTULO PRIMERO.

DEFINICION DE LAS RELACIONES DE DERECHO Y DE SUS DIFERENTES ESPECIES.

CAPÍTULO II.

DE LAS PERSONAS CONSIDERADAS COMO SUJETOS DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

APÉNDICES.

ADVERTENCIA.

Por circunstancias agenas á la voluntad de los traductores, que garantizan al lector que no se reproducirán en el curso de la publicacion, han salido bastantes erratas en las referencias de unas notas á otras, las cuales se apresuran á salvar aquí, á fin de que no hallen la menor dificultad los que deseen estudiar esta obra con el detenimiento que exige su importancia.

Páginas.	Dice	Debe decir.
28, nota *b*...	(v. § 22, nota *m*)...	(v. § 22, nota *c*, p. 85).
57, nota *f*. .	(v. nota *k*.........	v. notas *a* y *b*, p. 55.
64, nota *b*...	(nota *k*)...........	(nota *a*, p. 64).
64, nota *b*...	(nota *i*)............	(nota *b*, p. 63).
65, nota *a*..	(nota *k*)...........	(nota *a*, p. 64).
73, línea 36.	condiciones........	convicciones.
81, línea 30.	provocaba.........	procuraba.
84, nota *b*...	exento............	escrito.
86, línea 24.	tradico incomo	tradicion como.
96, nota *b*. .	a. a. 193.	nota *b*, p. 85.
89, nota *a*..	(véase nota *b*)......	v. nota *b*, p. 83.
89, nota *b*. .	§ 65, nota *b*........	§ 65, nota *b*, p. 289.
81, línea 20.	(§ 25, *t*)...........	(§ 25, *f*, p. 112).
91, nota *b*. .	(§ 25, *t*)...........	(§ 25, *f*, p. 113).
92, línea 9..	(§ 15, nota *a*)......	(§ 25, nota *a*, p. 50).
92, línea 24.	sino toda.........	sino que toda.
95, nota *c*. .	C. § 24, nota *e*.....	C. § 24, nota *c*, p. 99.
97, nota *e*. .	(nota *k*)...........	(nota *a*, p. 96).
100, nota *c*. .	*edictales generales que constitutiones*	*edictales constitutiones*.
100, nota *c*. .	ed. Hänel..........	ed. Wenck.
100, nota *c*. .	V. § 23, nota *g*.....	(v. § 23, nota *c*, p. 95).
101, nota *b*. .	en la nota *d*.......	en la nota *b*, p. 99.
101, nota *b*. .	(nota *c*)...........	(nota *a*, p. 99).
104, nota *b*. .	(§ 23, nota *o*)......	(§ 23, nota *e*, p. 99).

Páginas.	Dice	Debe decir.
110, nota *d*..	(§ 12, nota *b*)......	(§ 12, nota *a*, p. 42).
111, nota *a* .	Véase § 24. nota *r*..	v. § 24, nota *b*, p. 103).
111, nota *b*..	Véase nota *d*	v. nota *c*, p. 109.
111, nota *e*..	V. § 22, nota *x*....	v. § 22, nota *b*, p. 90.
113, nota *d*..	*al contrario*.......	*a contrario*.
115, nota *c*..	(§ 20, *f*)...........	(§ 20, *b*, p. 79.)
126, línea 7..	(§ 25, nota *d*)......	(§ 25, nota *c*, p. 109).
126, nota *b*..	Véase más abajo, p. 128, nota......	v. p. 128, nota *a*.
136, línea 16.	nota *d*...........	(nota *a*, p. 132).
136, nota *a*..	Cf., nota *c*........	Cf. nota *a*, p. 131.
160, nota *b*..	(§ 36, *d*)....	(§ 36, *d*, p. 157).
166, línea 11.	reclame...........	reclama.
168, línea 4..	emana...........	emane.
188, línea 6..	(nota *i*)...........	(nota *d*, p. 186).
190, línea 4..	(nota *i*)...........	(nota *a*, p. 188).
190, línea 24.	(p. 188, nota *c*).....	(p. 189, nota *c*).
193, línea 19.	Instituciones de Gayo...	Instituciones.
193, nota *a*..	Cf., § 43, nota *g*...	Cf., § 43, nota *c*, p. 185.
193, nota *c*..	§ 44, nota *l*......	§ 44, notas *b* y *c*, p. 188.
193, nota *d*..	*actio utilis aquiliæ*............	*actio utilis legis aquliæ*.
196, línea 10.	hora..............	ahora.
196, Epígrafe	*(analogía)*........	*(lagunas, analogía)*.
202, línea 6..	justinianea........	justinianeo del
202, nota *b*..	Cf. § 36, nota *a*....	Cf., § 36, nota *a*, p. 158.
203, línea 28.	emana............	emanan.
212, nota *b*..	Cf. § 51, nota *a*....	Cf. § 51 nota *c*.
216, nota *b*..	V. § 32, nota *d*....	v. § 32, nota *a*, p. 148.
219, nota *a*..	Cf. § 19 y 37, nota *q*.	Cf. § 19 y 37, nota *a*, p. 165.
233, nota *a*..	Véase nota *a*......	v. nota *a*, p. 231.
241, línea 13.	*tutela* y *curatio*...	5) *tutela* et *curatio*.
259, línea 35.	solaridad.........	solidaridad.
260, línea 36.	de u.............	de su
265, línea 18.	(§ 54, nota *e*).....	(§ 54, nota *a*, p. 233).
266, nota *b*..	(nota *b*)...........	(nota *b*, p. 261.)
270, nota *b*..	Cf. § 16, *o*........	Cf. § 16, nota *c*, p. 56.
276, nota *e*..	(nota *e*)...........	(nota *a*, pág. 275).
276, nota *e*..	(nota *s*)...........	(nota *a*, p. 278).
281, nota *d*..	(nota *c*)...........	(nota *b*, p. 279).
281, nota *d*..	(nota *q*)...........	(nota *b*, p. 281).
290, nota *b*..	§ 55, nota *a*.......	§ 55 nota *a*, p. 290.
291, nota *b*..	§ 24, nota *g*.......	§ 24, nota *b*, p. 100.
295, línea 14.	(notas *c* y *d*).......	(notas *a* y *c*, p. 295).
299, línea 17.	(nota *l*)...........	(nota *b*, p. 297).
300, nota b..	(nota *e*)...........	(nota *c*, p. 295).
306, nota *a*..	§ 70, *i*...........	(§ 70, *d*, p. 321).
315, línea 10.	(nota *c*)...........	(nota *c*, p. 315).
316, línea 10.	(nota *e*)...........	(nota *e*, p. 315).
317, línea 14.	§ 67, *d*...........	§ 67, *b*, p. 302.
317, nota *a*..	§ 67, nota *c*).......	(§ 67, nota *c*, p. 302).
320, nota *c*..	nota *b*............	nota *a*, p. 320.
321, nota *d*..	Cf. § 67, notas *b* y *l*,	

Páginas.	Dice	Debe decir.
	§ 74, nota *h*......	§ 67, notas *b*, p. 302 y *a*, página 306, § 74, *a*, p. 358.
322, nota *f*..	nota *k*............	nota *e*, p. 321.
322, nota *a*..	nota *o*............	nota *c*, p. 322.
322, nota *b*..	véanse los notas *w* y *x*............	véanse las notas *c* y *d*, p. 324.
323, nota *c*..	§ 74, notas *q* y *r*...	§ 74 notas *b* y *c*, p. 360.
323, nota *d*..	véase antes nota *k*.	(v. antes nota *e*, p. 321.
328, línea 4..	§ 72, *y*...........	§ 72, *d*, p. 344.
329, nota *b*..	Cm. § 72, *ee*.......	Cf., § 72, *a*, p. 346.
330, nota *a*..	V. § 72, nota *y*.....	v. § 72, nota *d*., p. 344.
331, línea 23.	nota *l*,...........	nota *a*, p. 331.
334, nota *a*..	(nota *n*)...........	(nota *a*, p. 332).
334, nota *a* .	(Nota *o*)...........	(nota *b*, p. 332).
335, nota *b*...	(Véase la nota *q*)...	(v. nota *b*, p. 333).
335, nota *b*. .	(nota *a*)	(nota *a*, p. 327).
335, nota *c*. .	(nota *n*)...........	(nota *a*, p. 332).
339, nota *c*. .	(nota *d*)...........	(nota *e*, p. 338).
339, nota *c*. .	(nota *e*)...........	(nota *a*, p. 339).
340, línea 21.	(nota *b*)...........	(nota *a*, p. 338).
341, nota *a*..	(Véase antes nota *i*).	(v. antes nota *b*, p. 340.)
343, nota *d*..	(véase nota *r*)......	(v. nota *a*, p. 343).
345, línea 3..	(§ 70, *k*)...........	(§ 70, *c*, p. 340).
345, línea 5. .	(nota *x*).....	(nota *c*, p. 344).
345, línea 20.	(§ 71, *c*).....	(§ 71, *b*, p. 328).
345, línea 22.	(nota *y*)...........	(nota *d*, p. 344).
346, nota *c*. .	(§ 71, nota *i*)......	(§ 71, nota *b*, p. 330).
347, línea 3..	(nota *b*)...........	(nota *a*, p. 338).
353, nota *b*. .	(Véase antes nota *f*).	(v. antes nota *c*, p. 349).
354, nota *c*. .	Véase la nota *cc*....	v. la nota *a*, p. 355.
355, nota *a*..	Véase antes la nota *z*	v. antes nota *a*, p. 354.
356, nota *c*. .	Cmp. § 70, *u*.......	Cmp. § 70, *a*, 324.
358, nota *a*..	§ 67, *b*, y § 70, *i*....	§ 67, *b*, p. 302 y § 70, *d*, p. 321.
358, nota *b*. .	nota *n*............	nota *a*, p. 399.
358, nota *c*. .	Véase § 71, *n*......	v. § 71, *a*, p. 332.
358, nota *d*..	Véase § 71, *q*......	v. § 71, *a*, p. 334.
358, nota *e*. .	(nota *k*)...........	(nota *c*, p. 358).
360, nota *c*..	en la nota *q*.......	en la nota *e*, p. 358.
361, nota *c*. .	§ 70, *s*, y Apéndice IV, *m*.......	§ 70, *c*, p. 323 y Apéndice IV, *c*, página 399.
361, nota *a*..	Cmp. § 71, *q*......	Cmp. § 71, *a*, p. 334.
374, nota *b*. .	Véase § 52, nota *d*.	v. § 25, nota *c*, p. 109.
379, nota *c*. .	(nota *y*)...........	(nota *a*, p. 388).
383, nota *a*..	en la nota *i*.......	en la nota *b*, p. 380.
386, nota *a*..	§ 61, nota *s*.......	§ 61, nota *a*, p. 278.
387, línea 10.	(nota *e*)...........	(nota *c*, p. 378).
388, nota *a*..	(nota *e*)...........	(nota *c*, p. 378).
389, nota *c*..	Véase antes nota *h*.	v. antes nota *a*, p. 380.
390, línea 16.	(véase nota *y*). ...	(v. nota *a*, p. 388).
390, línea 29.	(véase nota *k*).....	(v. nota *a*, p. 381).
392, línea 4..	(nota *d*)...........	(nota *b*, p. 378).
394, nota *a*..	en la nota *h*.......	en la nota *b*, p. 399.
397, nota *a*..	(nota *a*)...........	(nota *a*, p. 394).

Páginas.	Dice	Debe decir.
397, nota *a*..	(véase nota *a*).....	(véase nota *a*, p. 394).
397, nota *d*..	(nota *e*)..........	(nota *a*, p. 397).
398, línea 3..	(notas *c* y *d*).....	(notas *a* y *b*, p. 396).
398, nota *d*..	véase § 74, *r*......	véase § 74, *c*, p. 360.
399, nota *a*..	véase § 74, *i*......	véase § 74, *b*, p. 358.
401, nota *b*. .	Cmp. § 70 nota *q*...	Cmp. § 70, nota *a*, p. 323.
416, línea 14.	(§ 55, ó § 65)	(§ 55, *a*, p. 240, § 65).
419, línea 11.	(§ 54, *d* y § 59).....	(§ 54, *c*, p. 232 y § 59).
420, nota *e*. .	(XXVI, *b*)........	(XXVI, *c*, p. 115).
422, línea 21.	(§ 68, *d*)..........	(§ 68, *a*, p. 310).
424, línea 5..	(§ 68, *b*)..........	(§ 68, *b*, p. 308).

BIBLIOTECA HISTÓRICA.

OBRAS PUBLICADAS EN ESTA BIBLIOTECA.

Tomo 1.° á 9.°—MOMMSEM.—*Historia de Roma*, version castellana de A. García Moreno, con un prólogo y notas en la parte relativa á España, por D. F. Fernandez y Gonzalez; nueve tomos en 4.°, 180 rs. en Madrid, 190 en provincias y 204 en el extranjero y América.

Tomo 10 y 11—WEBER.—*Historia Contemporánea* (de 1830 á 1872), version castellana anotada y aumentada con una reseña histórica de los Estados de América, por A. García Moreno, tomos 1.° y 2.° (de los cuatro de que constará); 20 reales en Madrid, 22 en provincias y 24 en el extranjero y América cada tomo.

Tomo 14.—GARCIA MORENO.—*Introduccion á la Historia é Historia de Oriente*; un tomo en 4.°, 20 rs. en Madrid, 22 en provincias y 24 en Ultramar y extranjero.

PRÓXIMO Á PONERSE Á LA VENTA.

WEBER.—Tomos 3.° y 4.°, ó sea el 12 y 13 de esta Biblioteca.

EN PRENSA.

MERIVALE.—*Historia de los romanos bajo el Imperio.*

CURCIUS.—*Historia de Grecia*, traduccion directa del aleman.

Tambien se admiten suscriciones á esta *Seccion*, bajo las condiciones siguientes:

1.ª Los que deseen suscribirse á la *Biblioteca Histórica*, remitirán el importe de los tomos publicados (que hasta hoy son 12), al precio de 16 rs. en Madrid, 18 en provincias y 20 en el extranjero y América.

2.ª Los demás tomos que se publiquen los irán abonando al mismo precio, segun vayan apareciendo.

BIBLIOTECA JURÍDICA.

EDITORES: F. Góngora y Compañía.

OBRAS PUBLICADAS EN ESTA BIBLIOTECA.

Tomo 1.°—CARRARA.—*Teoría de la Tentativa y de la complicidad, ó del grado en la fuerza física del delito*, version castellana con prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron; un tomo en 4.° mayor, 24 rs. en España y 28 en el extranjero y América.

Tomos 2.° y 3.°—FIORE.—*Derecho internacional privado ó principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones en materia de Derecho civil y comercial, etc.*, version castellana de A. Garcia Moreno, aumentada con un apéndice del autor y con un prólogo de D. Cristino Martos; dos tomos en 4.° mayor, 48 rs. en España y 56 en el extranjero y América.

Tomo 4.°—SAVIGNY.—*Sistema de Derecho Romano*; tomo 1.°, version castellana de D. Jacinto Mesía y D. Manuel Poley, profesores de Derecho romano en la Institucion Libre de Enseñanza, con una introduccion de D. Manuel Durán y Bas.

EN PRENSA.

Tomo II de Savigny.

SEGUIRÁN:

BLUNTSCHLI.—*Doctrina general del Estado*, con prólogo y notas de D. Gumersindo Azcárate.

GABBA.—*Teoría de la retroactividad de las leyes*, con prólogo y notas de D. Vicente Romero y Giron.

LAVELEYE.—*De la Propiedad y sus formas primitivas*, con un prólogo de D. Manuel Alonso Martinez.

Y otras obras no menos notables.

ADVERTENCIA.

Esta Biblioteca se publica por suscricion, siendo el precio de cada tomo, para los que adquieran lo publicado y continúen siendo suscritores, el de 20 rs. en España y 24 en Ultramar y extranjero.